٤٥ - من منشورات المجلس العلمي

المحيط البرهاني

في مسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين رحمهم الله

تأليف

الإمام برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة بن مازه البخاري

رحمه الله تعالى ٥٥١ هـ / ٦١٦ هـ

اعتنى بجمعه وتصحيحه

نعيم أشرف نور أحمد

المجلد الثامن

إدارة القرآن   المجلس العلمي

الفصل الخامس
في المسجد والقبلة والمصحف وما كتب فيه شيء من القرآن نحو الدراهم والقرطاس، أو كتب فيه ذكر الله تعالى

٩٤٥٩ – قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: ولا بأس بأن ينقش المسجد بالجص والساج وماء الذهب، قوله: لا بأس يدل على أن المستحب غيره، وهو الصرف إلى الفقراء، إلا أنه إن فعل لا يأثم ولا يؤجر عليه، ومن العلماء من قال: إن نقش المسجد قربة حسنة؛ ومن العلماء من قال: هو مكروه[1].

حجة من قال: إنه مكروه، قوله عليه الصلاة والسلام: «من أشراط الساعة تزيين المساجد»[2]، وعن علي رضي الله تعالى عنه: أنه مر بمسجد مزخرف، فقال: لمن هذه البيعة؟ وعن عمر بن عبد العزيز رضي الله تعالى عنه: أنه لما رأى ما لا يحمل إلى مسجد المدينة، قال: للمساكين أحوج إلى هذا من الأساطين.

وجه قول من قال: إنه قربة ما روي: أن داود عليه السلام بنى مسجد بيت المقدس، ثم سليمان عليه الصلاة والسلام أتمه بعده وزينه حتى نصب الكبريت الأحمر على رأس القبة، وكان ذلك من أعز ما يوجد في ذلك الوقت، ولأن فيه ترغيب الناس في الاعتكاف والجماعة، وفيه تعظيم بيت الله تعالى وتقدس.

والأصح[3] قول علمائنا رحمهم الله تعالى: إنه ليس بقربة، إلا أنه لا يكره. أما إنه ليس بقربة؛ فإن مسجد رسول الله ﷺ بالمدينة كان سقفها من جريد النخل، وحيطانه من الحجر، فقيل لرسول الله ﷺ: ألا نزينه لك؟ فقال: «لا، بل عريش كعريش موسى صلوات الله عليه وسلامه»[4]، وكان يكف إذا جاء به المطر. قال أبو سعيد رضي الله تعالى عنه: رأيته يسجد في

---

(١) ورد في نسخة "ظ": إنه مكروه.

(٢) ذكره ابن حجر في «فتح الباري» (١/٥٤٨) من رواية ابن عباس، أخرجها أبو داود، وصححه ابن حبان بلفظ: «التشييد للمساجد».

(٣) ورد في م: والأصح على ذلك قول علمائنا.

(٤) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (٥١٣٥)، باب تزيين المساجد والممر في المساجد؛ والدارمي في سننه

إلى القبر ، قال بعضهم : لأن فيه تشبه باليهود ، وقال بعضهم : لأن في المقبرة عظام الموتى ، وعظام الموتى أنجاس وأرجاس .

وهذا كله إذا لم يكن بين يدي المصلي وبين هذه المواضع حائط أو سترة ، وأما إذا كان لا يكره ، ويصير الحائط فاصلا ، وإذا لم يكن بين المصلي وبين هذه المواضع [أ][1] سترة فإنما يكره استقبال هذه المواضع في مسجد الجماعات . فأما في مسجد البيوت فلا يكره ؛ إذ ليس لمساجد البيوت حكم المساجد على الإطلاق ، ألا ترى أنه يدخلها الجنب من غير كراهة ، ويأتي فيه أهله ، ويبيع ويشتري من غير كراهة

٩٤٦١- قال محمد رحمه الله تعالى : ونكره المجامعة والبول فوق المسجد ؛ لأن لسطح المسجد حكم المسجد ، وهذا لأن عرف أن حكم المسجد ثابت في الهواء والعرصة جميعاً ، فلهذا قلنا : إن من قام على سطح المسجد مقتديا بإمام في المسجد وهو خلف الإمام يجوز ، والمعتكف إذا صعد سطح المسجد لا ينتقض اعتكافه ، ولا يحل للحائض والجنب والنفساء الصعود على سطح المسجد ، فعلم أن لسطح المسجد حكم المسجد ، ثم لا يجوز المجامعة والبول في المسجد فكذا فوقه .

٩٤٦٢- قال محمد رحمه الله تعالى : ولا بأس بالبول فوق بيت فيه مسجد يريد المكان المعد للصلاة ، وهذا لأن كل مسلم مندوب إلى أن يتخذ في بيته مسجداً يصلي فيه النوافل والسنن ، فقد فعل رسول الله ﷺ ذلك في بيت جماعة ، قال الله تعالى في قصة موسى عليه الصلاة والسلام : ﴿وَاجْعَلُوا بُيُوتَكُمْ قِبْلَةً﴾[2] وقال ﷺ : «لا تتخذوا بيوتكم قبوراً»[3] ، وأراد به أن لا يكون فيها مكان الصلاة ، فثبت أن كل مسلم مندوب إلى أن يعد فيه أي في بيته مكاناً يصلي فيه ، إلا أن هذا المكان لا يأخذ حكم المسجد على الإطلاق ؛ لأنه باق على حكم ملكه ، له أن يبيعه ، فهو كما لو بال على سطح بيت فيه مصحف وذلك لا يكره فكذا هنا .

٩٤٦٣- والمجامعة والبول في الموضع المعد للصلاة الجنازة لا ذكر له في الكتب ، وقد

---

(١) وردت هذه العبارة في جميع النسخ التي في أيدينا .

(٢) سورة يونس : الآية ٨٧ .

(٣) أخرجه ابن حبان في صحيحه (٧٨٣) ، باب ذكر فرار الشيطان من البيت إذا قرئ فيه سورة البقرة ، وعبد الرزاق في مصنفه (١٥٣٣) : باب اتخاذ الرجل في بيته مسجداً والصلاة ، وذكره أبو الحسن في موارد الظمآن (٦٣٥) : باب صلاة النافلة في البيت ، وصاحب التدوين في أخبار قزوين ٢/ ٣٥٤ ، والعظيم آبادي في عون المعبود ٦/ ٢٤ ، والشوكاني في نيل الأوطار ٢/ ٣٥١ .

اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، بعضهم قالوا: يكره؛ لأنه موضع أعد لإقامة الصلاة فيه بجماعة، فيكره المجامعة والبول فيه، كما في الجامع والمساجد التي على قوارع الطريق عند الناس. وبعضهم قالوا: لا يكره، وإليه مال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى، ألا ترى أنه لا بأس بدخول الميت فيه، وإنما أمرنا بتعظيم البقاع: الموتى، بخلاف الجامع لأنه أعظم المساجد، والمساجد على قوارع الطريق لها حرمة المسجد على الإطلاق.

٩٤٥٤- وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله تعالى: مصلى الجنازة له حكم المسجد في حق جواز الاقتداء عند انفصال الصفوف، وحرمة دخول الجنب فيه، وكذلك مصلى العيد له حكم المسجد في حق جواز الاقتداء عند انفصال الصفوف، وحرمة دخول الجنب فيه. وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: الجواب في حق جواز الاقتداء صحيح، فأما في حق دخول الجنب والمرور فيه لا يعطى له حكم المسجد رفقاً بالناس.

٩٤٥٥- قال: ويكره لأهل المسجد أن يغلقوا باب المسجد؛ لأن المسجد أعد لذكر الله تعالى فيه، قال الله تعالى: ﴿في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه﴾(1)، فإذا غلقوا باب المسجد فقد منعوا عن الصلاة والذكر فيه، فدخلوا تحت قول الله تعالى: ﴿ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه﴾(2).

قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: وهذا في زمانهم، أما في زماننا فلا بأس بإغلاق المسجد في غير أوان الصلاة؛ لأنه لا يؤمن على متاع المسجد وبابه وحصيره من قبل السراق، لأن الغلبة في زمننا لأهل الفساد، والحكم يختلف باختلاف أحوال الناس، ألا ترى أن النساء كن يحضرن الجماعة في عهد رسول الله ﷺ ثم منعن عن ذلك لما فسد أحوال الناس، وهو الصواب كذا في «مسألتنا».

٩٤٥٦- وفي «الأجناس»: رجل بنى مسجداً في أرض غصب لا بأس بالصلاة فيه، وفي «أمالي أبي يوسف» رحمه الله تعالى: لا ينبغي لأحد أن يصلي فيه، ولو جعله طريقاً لا يمر فيه، ولو بنى حانوتاً أو حماماً لا يستأجر الحانوت والحمام، وله أن يدخل فيه يشتري شيئاً.

الطريق إذا كان واسعاً فبنى فيه أهل المحلة مسجداً للعامة، ولا يضر ذلك بالطريق، فلا بأس ببنائه، وإن أراد أهل المحلة أن يدخلوا في دورهم شيئاً من الطريق، ولا يضر ذلك

(1) سورة النور، الآية: ٣٦.

(2) سورة البقرة، الآية: ١١٤.

يرمى بما فيه تنقية المسجد.

٩٤٧٠- وفي "النوازل": لا يتخذ في المسجد بئر الماء، وما كان قديمًا كبئر زمزم يترك كذلك.

٩٤٧١- إذا ضاق المسجد على أهله، وبجنبه أرض لرجل يؤخذ أرضه منه بالقيمة كرهًا، هكذا روي عن الصحابة رضي الله تعالى عنهم أنهم فعلوا بالمسجد الحرام.

٩٤٧٢- الخياط إذا كان يخيط الثوب في المسجد يكره ذلك؛ لما روي عن عثمان رضي الله عنه: أنه رأى خياطًا يخيط في المسجد، فأمر به، فأخرج من المسجد. وكذلك الوراق إذا كان يكتب في المسجد بأجر يكره، فعلى هذا الفقهاء. إذا كانوا يكتبون الفقه بالأجر في المسجد يكره، وإن كان بغير أجر لا؛ لأنه إذا كان بأجر فهو على عمل العبد، والمسجد ما بني لذلك؛ لأنه بيت الله تعالى، هذه الجملة من فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى.

وفي كراهة "العيون": معلم جلس في المسجد أو وراق كتب في المسجد، فإن كان المعلم يعلم بالأجر والوراق يكتب بالأجر لغيره يكره، إلا أن يقع لهما الضرورة.

٩٤٧٣- ويكره أن يجعل الشيء في كاغذ فيه اسم الله تعالى، بخلاف الكيس يكتب فيه اسم الله تعالى؛ لأن الكيس يعظم، أما الكاغذ والقرطاس يستهان.

متعلم معه خريطة، فيها كتب من أخبار النبي ﷺ، أو كتب من أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أو غيره، فتوسد بالخريطة، إن قصد الحفظ، لا يكره إذ ليس فيه ترك التعظيم، وإن لم يقصد الحفظ يكره؛ لأن فيه ترك التعظيم.

روي عن إبراهيم النخعي رحمه الله تعالى: أنه قال: المصحف لا يورث، وإنما هو للقارئ من الورثة، وعندنا يورث كسائر الأموال، إلا أنه لا يقطع فيه؛ لأن المقصود ما فيه وهو القرآن.

٩٤٧٤- سئل الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى عمن كان في كمه كتاب، فجلس يبول، أيكره ذلك؟ قال: إن أدخله مع نفسه المخرج يكره، وإن اختار لنفسه مبالا طاهرًا في مكان طاهر لا يكره. وعلى هذا إذا كان في جيبه دراهم مكتوب فيها اسم الله تعالى، أو شيء من القرآن، أو كان في صمامه دنانير كتب فيها اسم الله تعالى أو شيء من القرآن، فأدخلها مع نفسه المخرج يكره، وعلى هذا إذا كان فيه خاتم، وعليه شيء من القرآن مكتوب، أو كتب عليه اسم الله تعالى، فدخل المخرج معه يكره، وإن اتخذ لنفسه مبالا في مكان طاهر لا يكره.

٩٤٧٥- وعنه أيضًا فيمن غرس الأشجار في المسجد إذا كان يفعل ذلك لنفع لا

بأس به، وإن كان يفعل ذلك لبيع الأوراق أو لمنفعة أخرى يكره إذا كانت تضيق على الناس مسجدهم لصلواتهم، أو يقع فيه تفريق الصفوف. قال: بلغنا أن عمر رضي الله تعالى عنه قطع شجرة كانت بقرب الكعبة، وكانت تضيق على القوم في طوافهم. ورأيت مسألة الأغراس في المساجد في موضع آخر، وكان جواب المسألة ثمة أنه إن كان للمسجد فيها نفع لا بأس به، ومن لا فلا. ونفع المسجد أن يكون المسجد ذا نز وأساطينه لا تستقر، فيغرس الأشجار ليجذب ذلك عروقها، فإن كان كذلك يجوز وما لا فلا. وهذا لأن غرس الأشجار في المسجد تشبيه له بالبيعة، فلا يجوز ذلك إلا لحاجة. قالوا: ومشايخ بخارى رحمهم الله تعالى إنما جوزوا ذلك في جامع بخارى لهذه الحاجة.

٩٤٧٦ - ولا يمس الجنب المصحف ولا اللوح المكتوب عليه آية تامة من القرآن، والحائض كالجنب، والمحدث يساويهما فيه، ويفارقهما في القراءة. والوجه في ذلك أن الجنابة تحل الفم واليد، والحيض كذلك، ولهذا يجب إيصال الماء إلى الفم في الغسل عن الحيض والجنابة، فكما لا يجوز لهما المس لا يجوز لهما القراءة، فأما الحدث يحل اليد، أما لا يحل الفم، ولهذا لا يجب إيصال الماء إلى الفم في الوضوء، فلهذا يقرأ ولا يمس. فإن غسل الجنب الفم واليد، وأراد أن يقرأ القرآن، ويمس المصحف، ليس له ذلك؛ لأن الجنابة لا تتجزأ ثبوتاً وزوالاً، والحدث كذلك. وكما لا يحل لهؤلاء مس الكتابة لا يحل لهم مس البياض، وإن مس المصحف بغلافه، فلا بأس به، والغلاف الجلد الذي عليه المتصل به عند بعض المشايخ رحمهم الله تعالى، وعند بعضهم المنفصل عنه كالخريطة ونحوها؛ لأن المتصل بالمصحف من المصحف، ألا ترى أنه لا يدخل تحت بيع المصحف من غير ذكر.

٩٤٧٧ - وإن مس المصحف بكمه أو ذيله لا يجوز عند بعض المشايخ رحمهم الله تعالى؛ لأن ثيابه تبع لبدنه، ألا ترى أنه لو قام على النجاسة في الصلاة وفي رجليه نعلان أو جوربان لا تجوز صلاته، ولو فرش نعليه، وقام عليهما جاز، وعن هذا قالوا: إذا بسط الرجل كمه على النجاسة وسجد عليه لا يجوز. وأكثر مشايخنا على أنه لا يكره؛ لأن المحرم هو المس، وإنه اسم للمباشرة باليد من غير حائل، ألا ترى أن المرأة إذا وقعت في طين وردغة حل للرجل الأجنبي أن يأخذ بيدها من غير حائل ثوب، وكذا لا تثبت حرمة المصاهرة بالمس بحائل.

٩٤٧٨ - ويكره للجنب ومن بمعناه مس كتب التفسير، وكذا يكره له مس كتب الفقه وما هو من كتب الشريعة؛ لأنها لا تخلو عن آيات القرآن، وإن لم يكن فيها آيات القرآن فقد معنى

القرآن . والمشايخ المتأخرون رحمهم الله توسعوا في مس كتب الفقه للمحدث بالكم للضرورة والبلوى .

وكره بعض مشايخنا رحمهم الله دفع المصحف واللوح الذي عليه القرآن إلى الصبيان ، وعامة المشايخ رحمهم الله تعالى لم يروا به بأساً ؛ لأنهم غير مخاطبين بالوضوء ، وفي التأخير تضييع حفظ القرآن .

إذا صار المصحف خلقاً بحيث لا يقرأ منه لا يحترق ، أشار إليه محمد رحمه الله تعالى في السير في باب ما يؤخذ من الغنيمة ، فيكره فسخه ، وبه نأخذ . ولا يكره دفنه ، ومن أراد دفنه ينبغي أن يلفه بخرقة طاهرة ، ويحفر لها حفيرة ويلحد ولا يشق ؛ لأنه متى شق ودفن يحتاج إلى إهالة التراب عليه ، وفي ذلك نوع تحقير ، واستخفاف بكلام الله عز وجل . وإن شاء غسله بالماء حتى يذهب ماءه ، وإن شاء وضعه في موضع طاهر لا يصل إليه يد المحدثين ، ولا يصل الغبار إليه تعظيماً لكلام الله تعالى .

٩٤٧٩ - تصغير المصحف مكروه ، وأن يكتب بقلم دقيق مكروه في كراهية واقعات الناطفي .

٩٤٨٠ - ويكره مد الرجلين إلى القبلة في النوم وغيره عمداً ، وكذلك مد الرجلين يكره إلى المصحف وإلى كتب الفقه ؛ لما فيه من ترك تعظيم جهة[1] القبلة ، وكلام الله تعالى ومعاني كلام الله تعالى .

وإذا كان للرجل جوالق فيه دراهم مكتوب فيها شيء من القرآن ، أو كان في الجوالق كتب الفقه أو كتب التفسير أو المصحف ، فجلس عليها أو نام ، فإن كان من قصده الحفظ ، فلا بأس به ، وقد مر جنس هذا فيما تقدم .

٩٤٨١ - وإذا كتب اسم الله تعالى على كاغد ، ووضع تحت طنفسة يجلسون عليها ، فقد قيل : يكره ، وقد قيل : لا يكره ، قال : ألا ترى أنه لو وضع في البيت لا بأس بالنوم على سطحه ، كذا هنا [وإذا حمل المصحف أو شيء من كتب الشريعة على دابة في جوالق ، فركب صاحب الجوالق على الجوالق لا يكره][2] .

---

(١) ورد في نسخة م : تعظيم حرمة القبلة .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبت من ظ وم وب .

ومما يتصل بهذا الفصل المجاورة بمكة:

٩٤٨٢- وقد كره أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه، وروى هشام عنه أنه كره الجوار بمكة، قال: إنها ليست بأرض هجرة، وروى الحسن عنه أنه كره الجوار بمكة والمقام بها، وكان يقول: هاجر رسول الله ﷺ عنها.

٩٤٨٣- ذكر هشام في نوادره عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنهما قال: أكره إجارة بيوت مكة في أيام الموسم، وأرخص فيه في غير أيام الموسم. وهكذا روى هشام عن محمد عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى، قال: وكان يقول لهم: أن ينزلوا في دورهم. قال هشام رحمه الله: وإنما قال لهم: أن ينزلوا في دورهم؛ لقوله تعالى: ﴿سَوَاءً الْعَاكِفُ فِيهِ وَالْبَادِ﴾[١]. وإنما فرق أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه بين أيام الموسم وغيرها؛ لأن أيام الموسم يزدحم الخلق، وتقع الضرورة من النزول في مساكنهم، فأنزل منازلهم كالمملوك للنازلين من وجه نظرًا لهم ومرحمة لهم، وبعد أيام الموسم لا يزدحم الخلق، ولا تقع الضرورة، فيعاد إلى الأصل. ثم هذه المسألة دليل على جواز إجارة البناء بدون الأرض؛ لأن الإجارة هنا لا ترد على الأرض [عند أبي حنيفة رحمه الله][٢] كالبيع، وإنما ترد على البناء، وقد رخص فيه في أيام الموسم.

---

(١) سورة الحج، الآية: ٢٥.

(٢) ورد في م.

الفصل السادس
في سجدة الشكر

٩٤٨٤- روي عن إبراهيم النخعي رحمه الله تعالى عنه: أنه كان يكره سجدة الشكر، وعن محمد رحمه الله تعالى عنه أن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه كان لا يراها شيئاً، وفي القدوري عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه كان يكره سجدة الشكر. قال محمد رحمه الله تعالى: ونحن لا نكرهها ونستحبها، قال محمد: وقد جاء فيها غير حديث. وتكلم المشايخ في معنى قول محمد رحمه الله تعالى: وكان أبو حنيفة نعمان بن ثابت رضي الله تعالى عنه لا يراها شيئاً، بعضهم قالوا: معناه لا يراها قربة، وهكذا روى الطحاوي في اختلاف العلماء، وفي القدوري: معناه لا يراها سنة وهو قريب من الأول، وبعضهم قالوا معناه لا يراها شكراً تاماً، فتمام الشكر أن يصلي ركعتين كما فعل رسول الله ﷺ يوم فتح مكة. ولم يذكر محمد رحمه الله قول أبي يوسف في شيء من الكتب، وذكر القاضي الإمام الزاهد الناسك ركن الإسلام علي السغدي رحمه الله تعالى في شرح كتاب السير قول أبي يوسف مع محمد، ومحمد احتج بما روي أن رسول الله ﷺ مر بي رجل به زمانة، فسجد وأمر أبا بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما فسجدا، وعن أبي بكر رضي الله تعالى عنه أنه لما أتاه فتح اليمامة سجد.

٩٤٨٥- وأبو حنيفة رضي الله تعالى عنه يقول: السجود ركن من أركان الصلاة مفرداً، فلا يتقرب إلى الله تعالى بهذه العبادة على الانفراد تطوعاً قياساً على القيام المفرد والركوع المفرد. وأما ما روي من الأحاديث فقد يحتمل أن المراد من السجدة المذكورة فيها الصلاة، فأهل الحجاز يسمون الصلاة سجدة، قال الله تعالى: ﴿يَا مَرْيَمُ اقْنُتِي لِرَبِّكِ وَاسْجُدِي﴾[1] أي صلي، وإذا جاز تسمية الصلاة سجدة يحتمل أن يكون المراد من الحديث الصلاة، فلا يكون حجة مع الاحتمال.

وبعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: لم يرد محمد بقوله: وأما أبو حنيفة رحمه الله تعالى: فكان لا يراها شيئاً، نفي شرعيتها قربة، وإنما أراد به نفي وجوبها ولزومها شكراً. هكذا قال محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير عن أبي حنيفة رضي

(١) سورة آل عمران، الآية ٤٣.

الفصل السابع
في المسابقة

٩٤٨٦- قال محمد رحمه الله تعالى: لا بأس بالمسابقة بالأفراس ما لم يبلغ غاية لا يحتملها الفرس، فإنه في الحديث «سابق رسول الله ﷺ وأبو بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما فسبق رسول الله ﷺ وصلى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما»(١)، ومعنى قوله: وصلى أبو بكر أنه كان رأس دابة أبي بكر عند صلاة دابة رسول الله ﷺ وهو الذنب. وكذلك لا بأس بالمسابقة بالإبل والرمي، لحديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «لا سبق إلا في خف أو نصل أو حافر»(٢) والمراد بالحافر الفرس، والمراد بالنصل الرمي، والمراد من الخف الإبل.

فإن شرطوا لذلك جعلاً، فإن شرطوا الجعل من الجانبين فهو حرام، وصورة ذلك أن يقول الرجل لغيره: تعال حتى نتسابق، فإن سبق فرسك فرسي أو قال: إبلك، أو قال: سهمك أعطيتك كذا، وإن سبق فرسي، أو قال: إبلي، أو قال: سهمي أعطيتني كذا، وهذا هو القمار بعينه. وهذا لأن القمار مشتق من القمر الذي يزداد وينتقص، سمي القمار قماراً؛ لأن كل واحد من المقامرين ممن يجوز أن يذهب ماله إلى صاحبه، أو يستفيد مال صاحبه، فيزداد مال كل واحد منهما مرة وينتقص أخرى، فإذا كان المال مشروطاً من الجانبين كان قماراً، والقمار حرام، ولأن فيه تعليق تمليك المال بالخطر، وأنه لا يجوز.

وإن شرطوا الجعل من أحد الجانبين، وصورته: أن يقول أحدهما لصاحبه: إن سبقتني أعطيتني كذا، وإن سبقتك فلا شيء لي عليك، فهذا جائز استحساناً، والقياس أن لا يجوز، وجه القياس أن المال إذا كان مشروطاً من أحد الجانبين إن كان لا يتمكن فيه معنى القمار؛ لأن المشروط له المال لا يذهب ماله بحال من الأحوال. والقمار أن يكون كل واحد من

---

(١) أخرجه أبو نعيم في حلية الأولياء ٥/٢٠٤، وذكره ابن حجر في تغليق التعليق ٥/٢٤٤.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٥٧٤): باب في السبق، والترمذي في سننه (١٧٠٠): باب ما جاء في الرهان والسبق، والنسائي في السنن الكبرى (٤٤١١-٤٤٢٢) في كتاب الخيل، باب ذكر الخيل، وأحمد في مسنده (٧٤٧٦ و٨٦٧٨ و٨٩٨١)، والنسائي في المجتبى (٣٥٨٥، ٣٥٨٩): باب السبق، وابن أبي شيبة (٣٣٥٦٢)، والطبراني في الأوسط (٦١٦٣)، والبيهقي في الكبرى (١٩٥٣٦): باب لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل.

المقامرين بحال يجوز أن يذهب ماله ويجوز أن يستفيد مال صاحبه، لما ذكرنا من اشتقاق القمار، إلا أن فيه تعليق تمليك المال بالخطر، وإنه لا يجوز، ألا ترى أن الاستباق فيما عدا هذه الأشياء الثلاثة نحو البغال والحمير لا يجوز، وإن كان المال مشروطًا من أحد الجانبين إنما لا يجوز؛ لأن فيه تعليق تمليك المال بالخطر.

وجه الاستحسان ما روينا من حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه، ووجه الاستدلال به أن النبي ﷺ نفى السبق عامًا، بقوله: «لا سبق» واستثنى الأشياء الثلاثة بقوله: «إلا في خف أو نصل أو حافر»، والاستثناء من النفي إثبات، ومن التحريم إباحة، وليس المراد من الحديث ما إذا لم يكن المال مشروطًا أصلًا، فإن الاستباق بدون شرط المال جائز في الأشياء كلها، وليس المراد ما إذا كان مشروطًا من الجانبين؛ لأن ذلك قمار، والقمار حرام بالإجماع وبنص التنزيل، فكان المراد ما إذا كان المال مشروطًا من أحد الجانبين والنص الوارد في الأشياء الثلاثة إذا كان المال مشروطًا من أحد الجانبين لا يكون واردًا فيما عدا الأشياء الثلاثة؛ لأن فيها نصًا آخر بخلافه، وهو قوله: «لا سبق» نفى السبق، واستثنى الأشياء الثلاثة، فبقي ما عدا الأشياء الثلاثة ينفي السبق بالنص العام؛ ولأن الأشياء الثلاثة من آلات الحرب، وللناس إلى المخاطرة والرهان في ذلك حاجة، حتى يتعلموا الغزو، ويعتادوا الرمي، فأما ما عدا الأشياء الثلاثة فليس من آلات الحرب، ولا حاجة إلى الرهان في ذلك.

وكذلك النص الوارد في الأشياء الثلاثة، إذا كان المال مشروطًا من أحد الجانبين [لا يعتبر واردًا فيما إذا كان المال مشروطًا من الجانبين؛ لأن المال إذا كان مشروطًا من الجانبين][1]، فالمانع فيه شيئان، القمار وتمليك المال بالخطر، وإذا كان المال مشروطًا من أحد الجانبين فالمانع فيه شيء واحد، وهو تمليك المال بالخطر والجواز عند قلة المانع لا يدل على الجواز عند كثرة المانع.

ثم إذا كان المال مشروطًا من الجانبين، فأدخلا بينهما ثالثًا، وقالا للثالث: إن سبقتنا فالمالان لك، وإن سبقناك، فلا شيء لنا، يجوز استحسانًا؛ لانتفاء معنى القمار في حق الثالث وهو مروي عن سعيد بن المسيب رضي الله تعالى عنه.

٩٤٨٧- ثم إذا أدخلا ثالثًا، فإن سبقهما الثالث استحق المالين، وإن سبقاه الثالث إن سبقا معًا، فلا شيء لواحد منهما على صاحبه؛ لانعدام شرط وجوب المال فيما بينهما، وهو سبق أحدهما على صاحبه، وإن سبقا على التعاقب فالذي سبق صاحبه يستحق المال على صاحبه

---

(١) هكذا ورد في "ظ".

لوجود الشرط في حقه، وصاحبه لا يستحق المال عليه؛ لانعدام الشرط[1] في حق صاحبه.

قال محمد رحمه الله تعالى في الكتاب: إدخال الثالث إنما يكون حيلة للجواز إذا كان الثالث يتوهم أن يكون سابقاً ومسبوقاً، وأما إذا كان يتيقن أنه يسبقهما لا محالة أو يتيقن أنه يصير مسبوقاً فلا يجوز؛ لأن القياس أن لا يجوز، وإن انتفى معنى القمار في حقه؛ لما فيه من تعليق تمليك المال بالخطر، إلا أنا جوزناه بخلاف القياس بالنص، وهو ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من أدخل فرساً بين فرسين فإن كان يأمن أن يسبق فلا خير فيه، وإن كان لا يأمن أن يسبق فلا بأس به»[2] فالحديث أفاد الجواز بشرط أن يتوهم أن يكون الثالث سابقاً ومسبوقاً، وما ثبت نصاً بخلاف القياس يراعى فيه جميع الشرائط التي ورد بها النص.

ولم يذكر محمد رحمه الله تعالى في الكتاب المخاطرة في الاستباق على الأقدام، ولا شك أن المال إذا كان مشروطاً من الجانبين أنه لا يجوز، وإن كان مشروطاً من أحد الجانبين يجب أن يجوز لحديث الزهري قال: كانت المسابقة بين أصحاب رسول الله ﷺ في الخيل والركاب والأرجل، ولأن الغزاة يحتاجون إلى رياضة أنفسهم كما يحتاجون إلى رياضة الدواب.

٩٤٨٨ - وحكي عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى: أنه [إذا وقع الاختلاف بين المتفقهين في مسألة فأرادوا الرجوع إلى الأستاذ، وشرط أحدهم لصاحبه أنه][3] إن كان الجواب كما قلت أعطيتك كذا، وإن كان الجواب كما قلت فلا آخذ منك شيئاً، ينبغي أن يجوز على قياس الاستباق على الأفراس.

٩٤٨٩ - وكذلك إذا قال واحد من المتفقهة لمثله: تعال حتى نطارح المسائل فإن أصبتَ وأخطأتُ أعطيتك كذا، وإن أصبتُ وأخطأتَ فلا آخذ منك شيئاً، يجب أن يجوز؛ لأن في الأفراس إنما جوز ذلك حثاً على تعلم الفروسية، ويجوز هذا أيضاً حثاً على تعلم الفقه؛ لأن كل ذلك يرجع إلى تقوية الدين وإعلاء كلمة الله تعالى، وبه أخذ الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى.

(١) ورد في نسخة ط: لانعدام المال في حق صاحبه.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٥٧٩): باب في المحلل، وابن ماجه في سننه (٢٨٧٦): باب السبق والرهان، وأحمد في مسنده (١٠٥٦٧)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٣٣٥٥٢): باب السبق والرهان، والبيهقي في الكبرى (١٩٥٥٥-١٩٥٥٦): باب المحلل يسبق من سبقهما، والدارقطني في سننه ٤/١١١ و٤/٣٠٥، والحاكم في مستدركه (٢٤٤٦).

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، أثبتناه من ظ و م وب.

يأتيك من خلفك ، وإذا التقى الرجلان ابتدرا بالسلام ، نقل ذلك عن عطاء رحمه الله تعالى .

وقال الحسن في قوم يستقبلون قومًا . يبدأ الأقل بالأكثر .

وفي حديث يزيد بن وهب رضي الله تعالى عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : «يسلم الراكب على الماشي والماشي على القاعد والقليل على الكثير»[1] . قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى . إذا دخل جماعة على قوم فإن تركوا السلام فكلهم آثمون في ذلك ، وإن سلم واحد منهم جاز عنهم جميعًا ، وإن سلم كلهم فهو أفضل ، وإن تركوا الجواب فكلهم آثمون ، وإن ردّ واحد منهم أجزأهم . به ورد الأثر ، وهو اختيار الفقيه أبي الليث ، وإن أجاب كلهم فهو أفضل . وقال بعض المشايخ رحمهم الله تعالى : يجب الرد على الكل ، ولا نأخذ به .

٩٤٩٣- وينبغي للمجيب إذا رد السلام أن يسمع المسلم حتى إذا لم يسمعه لا يكون جوابًا ، ولا يخرج عن العهدة . ألا ترى أن المسلم إذا سلم ولم يسمع لا يكون سلامًا ، فكذا إذا رد المجيب ولم يسمع لا يكون جوابًا ، فإن كان المسلم أصم ينبغي أن يريه تحريك شفتيه ، وكذلك في جواب العطسة .

٩٤٩٤- وينبغي للمسلم إذا سلم على غيره أن يسلم بلفظ الجماعة ؛ لأن المخاطب لا يكون وحده بل يكون معه الملائكة . وكذلك المجيب [إذا أراد الجواب ينبغي أن يذكر بلفظ الجماعة لما قلنا][2] .

٩٤٩٥- وفي "النوازل" : رجل جالس مع قوم ، سلم عليهم رجل وقال : السلام عليك ، فرده بعض القوم ، ينوب ذلك عن الذي سلم عليه المسلم ، ويسقط عنه الجواب ، يريد به إذا أشار إليهم ولم يسم . على فقال . لأن قصده التسليم كله .

ويجوز أن يشار إلى الجماعة بخطاب الواحد ، هذا إذا لم يسم ذلك الرجل ، فأما إذا سماه فقال . السلام عليك يا زيد ! فأجابه غير زيد ، فلا يسقط الفرض عن زيد وإن لم يسمّ ، وأشار إلى زيد يسقط ، لأن قصده التسليم على الكل . ذكر هذه الزيادة في "فتاوى أهل

---

(١) أخرجه البخاري في "صحيحه" (٥٨٧٨) . باب يسلم الراكب على الماشي ، ومسلم في "صحيحه" (٢١٦٠) . باب يسلم الراكب على الماشي والقليل على الكثير ، وأبو داود في "سننه" (٥١٩٨) : باب من أولى بالسلام ، والترمذي في "سننه" (٢٧٠٣) : باب ما جاء في تسليم الراكب على الماشي ، والدارمي في "سننه" (٢٠٦٣٢) : باب تسليم الراكب على الماشي . وأحمد في "مسنده" (١٠٦٣٢-١٠٦٣٣) ، وابن أبي شيبة في "مصنفه" (٢٥٨٦٩) : في الراكب يسلم على الماشي ، والحارث في "مسنده" (٨٠٥) : باب السلام .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط و م و ف .

سمرقند .

وحكي عن الفقيه أبي جعفر رحمه الله تعالى : أن بعضاً من العلماء من أصحاب أبي يوسف رحمه الله تعالى كان إذا مر في السوق لم يقل : السلام عليكم ، ولكن قال : سلام الله عليكم ، فقيل له في ذلك ، فقال : التسليم تحية ، وإجابة التحية فرض ، قال الله تعالى : ﴿وإذا حُيِّيتُم بتحيّة فحيُّوا بأحسنَ منها أو رُدُّوها﴾[1] ، فإذا لم يجيبوني تركوا الأمر بالمعروف . فأما سلام الله تعالى [عليهم فدعاء ، وليس بتسليم ، فلا يلزمه شيء ، ولا يتركوا الأمر بالمعروف ، فأختار سلام الله تعالى][2] .

٩٤٩٦ - لهذا اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى في التسليم على الصبيان : قال بعضهم : لا يسلم عليهم ، وهو قول الحسن . وهذا لأن رد السلام فرض ، والصبي لا يلزمه الفرائض ، فلا يلزمه رد السلام ، فلا يسلم عليه لهذا . وقال بعض المشايخ : التسليم عليهم أفضل ، وهو قول شريح . قال الفقيه : وبه نأخذ ، وقد روي عن أنس بن مالك رضي الله تعالى عنه خادم رسول الله ﷺ أنه قال : «كنت مع الصبيان إذ جاء رسول الله ﷺ وسلّم علينا»[3] .

٩٤٩٧ - وأما التسليم على أهل الذمة فقد اختلفوا فيه أيضاً ، قال بعضهم : لا بأس به ، لما روي عن أبي أمامة الباهلي رضي الله تعالى عنه أنه قال : "أمرنا رسول الله ﷺ بإفشاء السلام على كل مسلم ومعاهد"[4] . وقال بعضهم : لا يسلم عليهم ، لما روي عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه ، عن رسول الله ﷺ أنه قال : «لا تسلم على اليهود والنصارى والمجوس»[5] ، وهذا إذا لم يكن للمسلم حاجة إلى الذمي ، فإن كانت للمسلم حاجة ، فلا

---

(١) سورة النساء ، الآية ٨٦ .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل والأيا صوفيا ، وأثبتناه من ظ وم وف .

(٣) أخرجه مسلم في "صحيحه" (٢١٦٨) : باب استحباب السلام على الصبيان ، وأبو عوانة في "مسنده" (٨٥٥٨) ، والترمذي في "سننه" (٢٦٩٦) : باب ما جاء في التسليم على الصبيان ، والدارمي في "سننه" (٢٦٣٦) : باب في التسليم على الصبيان ، وأحمد في "مسنده" (١٣٤٤٩ و١٣٣٧٩) .

(٤) أخرجه مسلم في "صحيحه" (٥٤) : باب بيان أنه لا يدخل الجنة إلا المؤمنون وأن محبة المؤمنين من الإيمان وأن إفشاء السلام سبب لحصولها ، وأحمد في "مسنده" (٩٤١٦) ، والطيالسي في "مسنده" (١٩٣) ، والحاكم في "مستدركه" (٤٤٣٨) ، وأبو نعيم في "المسند المستخرج على صحيح مسلم" (١٩٠) : باب قوله : «لا تدخلون الجنة حتى تؤمنوا ولا تؤمنوا حتى تحابوا» .

(٥) أخرجه معمر بن راشد في "جامعه" (١٩٤٥٧) ومن طريقه : باب السلام على أهل الشرك والدعاء لهم ، والطحاوي في "مشكل الآثار" (٢٤٦/٦) : باب السلام على أهل الكفر ، والبيهقي في "شعب

بأس بالتسليم عليه؛ لأن النهي عن السلام لتوقيره، ولا توقير للذمي إذا كان السلام لحاجة ويكره مصافحة الذمي؛ لأن فيه توقير الذمي.

٩٤٩٨- ولا بأس برد السلام على أهل الذمة، ولكن لا يزاد على قوله: وعليكم. روى عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه عن النبي ﷺ: أنه قال: «إن اليهود إذا سلّموا عليكم فقولوا وعليكم»[1] قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: إذا مررت بقوم وفيهم كفار، فأنت بالخيار إن شئت قلت: السلام عليكم وتريد به المسلمين، وإن شئت قلت: السلام على من اتبع الهدى. قال محمد رحمه الله تعالى في الكتاب: إذا كتبت إلى يهودي، أو نصراني في حاجة، فاكتب: السلام على من اتبع الهدى.

٩٤٩٩- وإذا دخل الرجل بيته يسلّم على أهل بيته، فإن لم يكن في البيت أحد يقول: السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين، رواه سعيد عن عبادة.

٩٥٠٠- وإذا مر رجل بالقارئ فلا ينبغي أن يسلّم عليه؛ لأنه يشغله عن قراءة القرآن، فإن سلّم مع ذلك تكلموا فيه، واختار الصدر الشهيد أنه يجب عليه الرد، وهكذا حكى اختيار الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى، بخلاف السلام في وقت الخطبة، هكذا ذكر في "واقعاته".

ورأيت في فوائد الفقيه أبي جعفر رحمه الله تعالى: إذا سلم رجل على الذي يصلي، أو يقرأ القرآن، روى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يردّ السلام بقلبه، وعن محمد رحمه الله تعالى يمضي على القراءة، ولا يشغل قلبه كما لا يشغل لسانه. وفي الأصل: ولا ينبغي للقوم أن يشمّتوا العاطس، ولا أن يردوا السلام -يعني وقت الخطبة-.

وفي صلاة الأثر [روى محمد عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنهم يردون ويشمّتون العاطس، وتبين بما ذكر في صلاة الأثر][2] أن ما ذكر في "الأصل" قول محمد. قالوا: الخلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى في هذا بناء على أنه إذا لم يرد السلام في الحال، هل يرد بعد الفراغ من الخطبة؟ على قول محمد يرد، وعلى قول أبي يوسف لا يرد، ولما كان من مذهب محمد رحمه الله تعالى الرد بعد السلام، لو اشتغل [بالسماع يتأخر رد

الإيمان" (٣١، ٨٩): فصل في السلام على أهل الذمة.

(١) أخرجه عبد الرزاق في "مصنفه" (٩٨٤٠): باب ردّ السلام على أهل الكتاب، والنسائي في "عمل اليوم والليلة" (٣٧٨ و٣٧٩ و٣٨٠): باب ما يقول لأهل الكتاب إذا سلموا عليه، وذكره المبارك فوري في "تحفة الأحوذي" (١٥): باب ما جاء في التسليم على أهل الذمة.

(٢) وردت هذه العبارة في نسختي "ظ" و "م".

السلام ولا يفوته، والتأخير أهون من التفويت. وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لما كان لا يمكنه الرد بعد فراغ الإمام من الخطبة لو لم يرد السلام في الحال يفوت الرد أصلاً، ولو رد أن يفوته الاستماع في البعض، ولا شك أن تفويت البعض أهون من تفويت الكل.

٩٥٠١- وإذا دخل القاضي المسجد هل يسن له أن يسلم على الجماعة ويجيء؟ ولو سلم على الخصوم تسليماً عاماً، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه. بعضهم قالوا: يفعل ذلك، وبه أخذ الخصاف؛ لأن السلام سنة متبعة، ولا يجوز ترك السنة بسبب تقلد القضاء، وهذا القائل يقول بأن الأمير أو الوالي إذا دخل المسجد ينبغي أن يسلم ولا يسعه تركه للمعنى الذي ذكرنا.

ومنهم من قال: الأولى أن لا يسلم، وهذا القائل يقول في الوالي والأمير أيضاً: أن الأولى بهما إذا دخلا المسجد أن لا يسلما؛ وهذا لأنهم إذا سلموا ارتفع الهيبة وتقل الحشمة، ومبنى هؤلاء على الهيبة والحشمة، فلا يسلموا حتى تبقى الهيبة والحشمة. هذا هو الكلام في وقت دخول المسجد.

فأما إذا دخل القاضي المسجد وجلس ناحية منه لفصل الخصومات، فلا ينبغي له أن يسلم على الخصوم، ولا ينبغي للخصوم أن يسلموا عليه. أما القاضي فلأنه جلس لفصل الخصومة فلا يشتغل بغيره، وأما الخصوم لا يسلمون فلأن السلام تحية الزائرين، والخصوم أتوه لأمر الخصومة، هكذا ذكر الخصاف في أدب القاضي.

وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى فصلوا الولاة والأمراء عن القاضي، فقالوا: إذا جلس الوالي والأمير في المسجد أو في بيته فهو لا يسلم على الرعية ولا يسلمون عليه. قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى: الصحيح هو الفرق بين القضاة وبين الأمراء والولاة، فالرعية يسلمون على الأمراء والولاة، والخصوم لا يسلمون على القضاة.

والفرق: أن السلام تحية الزائرين، والخصوم ما تقدموا إلى القاضي زائرين. فأما الرعية فقد تقدموا إلى الأمير والوالي زائرين، فعلى قول هذا الفرق لو جلس القاضي للزيارة فالخصوم يسلمون عليه، ولو جلس الأمير لفصل الخصومة فالخصوم لا يسلمون عليه.

٩٥٠٢- ولو سلم الخصوم على القاضي بعدما جلس ناحية من المسجد للقضاء، فلا بأس بأن يرد عليهم السلام، وهذا إشارة إلى أنه لا يجب عليه رد السلام؛ وهذا لأنه إنما يجب رد جواب السلام، والسلام إنما يستحق الجواب إذا كان في أوانه، أما إذا كان في غير أوانه،

فلا، ألا ترى أن من سلّم على المصلي لا يستحق الجواب، وإنما لا يستحق لما قلنا.

٩٥٠٣- حكي عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله تعالى: أنه كان يقول: من جلس لتعليم تلامذته فدخل عليهم داخل وسلّم، وسعه أن لا يرد؛ لأنه جلس للتعليم لا لرد السلام، فلا يكون السلام في أوانه.

وكذلك كان يقول فيمن جلس للذكر أي ذكر كان، فدخل عليه داخل، وسلّم عليه: وسعه أن لا يرد؛ لأنه جلس للذكر لا لرد السلام، فلا يكون السلام في أوانه.

قال في كتاب العيان(١): ولا بأس بالسلام على أهله وإن كانوا امرأة؛ لأن ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: «أفشوا السلام» مطلق لا فصل فيه بين شخص وشخص. وإن ترك ذلك بطريق التأديب والزجر لهم، حتى لا يصنعوا مثل ذلك، فلا بأس به.

٩٥٠٤- وكذلك على هذا السلام على الذي يلعب الشطرنج، وهذا إذا كان اللعب بالشطرنج للتلهي، أما إذا كان لتشحيذ الخاطر فلا بأس بالتسليم عليه؛ لأنه من التناهي من لعب به وهو يشتهي، هكذا قالوا. وذكر في "السير": لم ير أبو حنيفة رحمه الله تعالى بالتسليم على من يلعب بالشطرنج بأسًا؛ ليشغله بذلك عما هو فيه، وكره أبو يوسف رحمه الله تعالى ذلك؛ تحقيرًا لهم.

ذكر محمد رحمه الله تعالى في باب الجهاد من السير حديثًا يدل على أن من بلغ إنسانًا سلامًا عن غائب، كان عليه أن يرد الجواب على المبلغ أولاً، ثم على ذلك الغائب؛ وهذا لأن المبلغ هو السبب لوصول السلام إليه، والمسبب إلى الخير كالمباشر له. ولو أنه باشر السلام عليه استحق الرد، فكذا إذا سبب، أو يقول: الغائب يحسن إليه بالسلام والمبلغ بالتبليغ، فكان عليه أن يجازيهما [وفي البقالي عمن قال لآخر: اقرأ فلانًا السلام، يجب عليه أن يبلغه](٢).

ويجب تشميت العاطس إذا عطس الرجل خارج الصلاة، فينبغي أن يحمد الله تعالى فيقول: الحمد لله رب العالمين، أو يقول: الحمد لله على كل حال، ولا يقول غير ذلك [وينبغي لمن حضر أن يقول: يرحمك الله. ويقول له العاطس: يغفر الله لي ولكم، أو يقول: يهديكم الله ويصلح بالكم، ولا يقول غير ذلك](٣). وقد عرف في كتاب الصلاة أن المصلي إذا قال عند عطسة غير المصلي: الحمد لله، لا تفسد صلاته، وإن أراد به الجواب، ولو قال:

---

(١) هكذا ورد في جميع النسخ التي عندنا، ولعله من الأخطاء في كتابة الكاتب.

(٢) وردت هذه العبارة في نسخة "ف".

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبت من "ظ" و"ب".

يرحمك الله تفسد صلاته.

٩٥٠٥ - لو عطس ثلاث مرات ينبغي أن يحمد الله في كل مرة، وعلى من حضره أن يشمته ما بينه وبين ثلاث مرات، فإن زاد على الثلاث، فالعاطس يحمد الله، أما من حضره فبالخيار إن شاء شمته، وإن شاء لم يشمته، كل ذلك حسن. وعن محمد رحمه الله تعالى أن من عطس مرارًا تشمت في كل مرة، فإن أخر كفاه مرة واحدة.

٩٥٠٦ - وإذا عطست المرأة فلا بأس بتشميتها إلا أن تكون شابة. وإذا عطس الرجل، فشمتته المرأة فإن كانت عجوزًا يرد الرجل عليها، وإن كانت شابة يرد في نفسه، والجواب في هذا كالجواب في السلام - والله أعلم -.

الفصل التاسع
فيما يحل للرجل النظر إليه وما لا يحل له
وما يحل له مسه وما لا يحل

٩٤٠٧ - يجب أن يعلم بأن مسائل النظر تنقسم على أربعة أقسام: نظر الرجل إلى الرجل، ونظر المرأة إلى المرأة، ونظر المرأة إلى الرجل، ونظر الرجل إلى المرأة.

أما بيان القسم الأول فنقول: يجوز أن ينظر الرجل إلى الرجل إلى جميع جسده إلا إلى عورته، وعورته ما بين سرته حتى يجاوز ركبته.

والأصل فيه حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ أنه قال: «عورة الرجل ما دون سرته حتى يجاوز ركبته»[1]، والتعامل الظاهر فيما بين الناس أنهم يمشون في الأسواق في إزار ويدخلون الحمام في إزار من غير نكير منكر، ومثل هذا التعامل حجة في الشرع.

وكان أبو عصمة سعد بن معاذ المروزي رحمه الله تعالى يقول: إن السرة عورة؛ لأنها إحدى حدي العورة، فتكون عورة كالركبة بل أولى؛ لأنها في معنى الاشتهاء فوق الركبة، وحجتنا في ذلك حديث عمرو بن شعيب على ما روينا.

وعن عمر رضي الله تعالى عنه أنه كان إذا ائتزر أبدى عن سرته، والتعامل الظاهر فيما بين الناس أنهم إذا دخلوا الحمام أبدوا عن سررهم عند الائتزار من غير نكير منكر، ومثل هذا التعامل حجة.

٩٤٠٨ - وكان الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى يقول: ما دون السرة إلى موضع نبات الشعر ليس بعورة أيضاً؛ لتعامل بعض الناس في الإبداء عن ذلك الموضع عند الائتزار. ولكن هذا بعيد؛ لأن التعامل[2] إنما يعتبر فيما لا نص فيه، وفيما دون السرة نص على ما روينا. ومن جاز النظر إليه جاز مسه؛ لأن ما ليس بعورة فمسه والنظر إليه

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية ١/٢٩٦، باب شروط الصلاة، ونقل عنه الذهبي قال فيه: أظنه موضوعاً، فإن إسحاق بن واصل متروك، وأصرم بن حوشب متهم بالكذب - انتهى -، والحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير ٦/٢٧٩، وفي الدراية (١٣٨).

(٢) هكذا ورد في جميع النسخ التي عندنا، وكذا في الأصل: الإعلام

على السواء ، وسيأتي الكلام فيه بعد هذا -إن شاء الله تعالى

وأما بيان القسم الثاني : فنقول : نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى الرجل ، لأن المرأة لا تشتهي المرأة كما لا يشتهي الرجل الرجل . فكما جاز للرجل النظر إلى الرجل فكذا يجوز للمرأة النظر إلى المرأة

وأما بيان القسم الثالث فنقول : نظر المرأة إلى الرجل الأجنبي كنظر الرجل الأجنبي إلى الرجل الأجنبي ، ينظر إلى جميع جسده إلا ما بين سرته حتى يجاوز ركبته ؛ لأن السرة فما فوقها وما تحت الركبة من الرجل ليس بعورة ، فالنظر إليه مباح للرجال والنساء جميعاً .

وأشار في الكتاب إلى أنها لا تنظر إلى ظهره وبطنه ؛ لأن حكم النظر عند اختلاف الجنس أغلظ ، ألا ترى أنه لا يحل للمرأة غسل الرجل الأجنبي بعد موته ، ويحل للمرأة ذلك . وما ذكرنا في الجواب فيما إذا كانت المرأة تعلم قطعاً ويقيناً أنها لو نظرت إلى بعض ما ذكرنا من الرجل لا يقع في قلبها شهوة ، وأما إذا علمت أنه يقع في قلبها شهوة ، أو شكت ، ومعنى الشك استواء الظنين ، فأحب إلي أن تغض بصرها منه ، هكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى في الأصل ؛ وهذا لأن النظر عن شهوة نوع زنا ، قال عليه الصلاة والسلام : «العينان تزنيان وزناهما النظر»[1] ، والزنا حرام بجميع أنواعه .

فقد ذكر الاستحباب[2] فيما إذا كان الناظر إلى الرجل الأجنبي هي المرأة ، وفيما إذا كان الناظر إلى المرأة الأجنبية هو الرجل ، قال : فليجتنب بجهده على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى ، وهو دليل الحرمة ، وهو الصحيح في الفصلين جميعاً .

ولا تمس شيئاً منه إذا كان أحدهما شاباً في حد الشهوة وإن أمنا على أنفسهما الشهوة [فقد حرم المس وإن أمن على أنفسهما الشهوة ، إذا كان أحدهما في حد الشهوة ولم يحرم النظر إذا أمنت على نفسها الشهوة][3] ؛ لأن حكم المس أغلظ من حكم النظر ، حتى إن من مس سائر الأعضاء يوجب حرمة المصاهرة إذا كان المس عن شهوة ، والنظر إلى سائر الأعضاء

---

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه (٤٤١٦)، وأحمد في مسنده (٣٩١٢ و٨٨٤٠ و٩٤٣٢ و١٠٨٤١ و١٠٩٢٤)، وإسحاق بن راهويه في مسنده (٣٠)، وأبو يعلى في مسنده (٦٣٦٤ و٦٤٢٤)، والربيع في مسنده (٦٣٤)، والبزار في مسنده (١٩٤٦)، والطبراني في [illegible] (٢٣٧١)، وأبو المحاسن في معتصر المختصر ١/٣٠٢.

(٢) كذا في النسخ ، ولعل الصواب : الاحتياط

(٣) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

والباطنة، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن﴾(١) الآية. فالاستدلال بالآية أنه ليس المراد من الزينة المذكورة في الآية عين الزينة، فإن عين الزينة يباع في الأسواق ويراها الأجانب، وإنما المراد مواضع الزينة.

والثاني: أن الله تعالى أباح لهن إبداء الزينة للمحارم، وهي على مواضع الزينة؛ لأن إبداء الزينة للمحارم وهي على غير مواضع الزينة يباح للأجانب، وإبداء الزينة وهي على مواضع الزينة لا يتصور إلا بإبداء مواضع الزينة، فيدل ذلك على إباحة إبداء مواضع الزينة، ومواضع الزينة: الرأس، والأذن، والعنق، والصدر، والعضد، والساعد، والكف، والساق، والرجل، والوجه.

٩٥٦١- فالرأس موضع التاج والإكليل، والشعر موضع العقاص، والعنق موضع القلادة والصدر كذلك، فالقلادة قد تنتهي إلى الصدر وكذلك الوشاح، والأذن موضع القرط، والعضد موضع الدملوج، والساعد موضع السوار، والكف موضع الخاتم والخضاب، والساق موضع الخلخال والخضاب، والقدم موضع الخلخال والخضاب.

ولأن المحارم يدخل بعضهم على بعض من غير استئذان ولا حشمة، والمرأة في بيتها تكون في ثياب مهنتها ولا تكون مستترة، فلو أمرناها بالستر من محارمها أدى إلى الحرج.

٩٥٦٢- وما حل النظر إليه حل مسه وغمزه من غير حائل، والأصل في ذلك ما روي أن رسول الله ﷺ كان يقبل رأس فاطمة رضي الله تعالى عنها، وأبو بكر رضي الله تعالى عنه قبل رأس عائشة رضي الله تعالى عنها، وقال عليه الصلاة والسلام: «من قبل رجل أمه فكأنما قبل عتبة باب الجنة». ولكن إنما يباح النظر إذا كان يأمن على نفسه الشهوة، أما إذا كان يخاف على نفسه الشهوة فلا يحل له النظر، كما بينا قبل هذا.

وكذلك المس إنما يباح له إذا أمن على نفسه وعليها الشهوة، أما إذا خاف على نفسه أو عليها الشهوة، فلا يحل المس له ولا يحل أن ينظر إلى بطنها ولا إلى ظهرها ولا إلى جنبها، ولا يمس شيئاً من ذلك.

والوجه في ذلك: أن الله تعالى سمى الظهار في كتابه منكراً من القول وزوراً، وصورة الظهار أن يقول الرجل لامرأته: أنت علي كظهر أمي، ولولا أن ظهرها محرم عليه نظره وتساوي كل شيء، وإلا لما سمى الظهار منكراً من القول وزوراً، وإذا ثبت هذا في الظهر ثبت في البطن والجنبين. وذوات المحارم من حرم عليه نكاحهن بالنسب نحو الأمهات، والبنات،

---

(١) سورة النور: الآية ٣١.

والجدات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت، أو بالسبب كالرضاع

وقد صح أن عائشة رضي الله تعالى عنها سألت رسول الله ﷺ وقالت: إن أفلح يدخل علي وأنا في ثياب فضل، فقال عليه الصلاة والسلام: «ليلج عليك أفلح فإنه عمك من الرضاعة»(١). وكذلك الحرمة بالمصاهرة إذا كانت بالنكاح بلا خلاف.

٩٥١٣- واختلفوا فيما إذا كانت بالزنا، بعض المشايخ رحمهم الله تعالى قالوا: لا تثبت فيها حل النظر والمس؛ لأن ثبوت الحرمة على الزاني بطريق العقوبة، لا بطريق النعمة، ولأنه قد جرب مرة وظهرت خيانته، فلا يؤمن ثانيا. قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى: والأصح أنه لا بأس بذلك، قياسه على ما إذا كانت هذه الحرمة بسبب النكاح.

٩٥١٤- قال محمد رحمه الله تعالى: ويجوز له أن يسافر بها، وأن يخلو بها يعني بمحارمه إذا أمن على نفسه؛ وهذا لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر فوق ثلاثة أيام ولياليها إلا ومعها زوجها أو ذو رحم محرم منها»(٢) فقد أباح للمرأة المسافرة مع ذي الرحم المحرم، وإنه يوجب إباحة المسافرة للمحرم معها. ولأن حرمة المسافرة والخلوة بالأجنبيات لخوف الفتنة بواسطة الشهوة، والإنسان لا يشتهي محارمه غالبا، فصار من هذا الوجه كالخلوة والمسافرة مع الجنس، فإن علم أنه يشتهيها أو تشتهيه لو سافر بها أو خلا بها، أو كان أكثر رأيه ذلك، أو شك فلا يباح له ذلك؛ لما ذكرنا.

وإن احتاج إلى حملها وإنزالها في السفر، فلا بأس بأن يأخذ بطنها وظهرها من وراء الثياب؛ لأن المس من فوق الثياب لا يفضي إلى الشهوة غالبا، فصار كالنظر. وقد صح أن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما رأى رجلا حمل أمه على عاتقه يطوف بها ولم ينكر عليه، قال

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٥٤٨)، وأبو نعيم في المسند المستخرج (٣٣٨٧)، والزيلعي في نصب الراية ٤/٢٤٠، والقرطبي ٥/١١١.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٨٦ و١٤٩١): باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة، وابن الجارود في المنتقى (٧٦٦)، والبخاري في صحيحه (٥٠٢٤): باب مراجعة الحائض، وابن حبان في صحيحه (٤٣٠٣)، والترمذي في سننه (١١٩٦) باب ما جاء في عدة المتوفى عنها زوجها، وأبو داود في سننه (٢٢٩٩)، باب إحداد المتوفى عنها زوجها، والنسائي في الكبرى (٥٦٩٣)، باب عدة المتوفى عنها زوجها، وفي المجتبى (٣٥٠٠): باب عدة المتوفى عنها زوجها، وابن ماجة في سننه (٢٠٨٦): باب هل تحد المرأة على غير زوجها، ومالك في الموطأ (١٢٤٦): باب ما جاء في الإحداد، وعبد الرزاق في مصنفه (١٢٠٨٦): باب ما قالوا في إحداد المرأة على زوجها

يخاف الشهوة على نفسه أو عليها، فليجتنب بجهده، وذلك بأن يجتنب أصلاً متى أمكنها الركوب والنزول بنفسها، فإن لم يمكنها ذلك يكلف المحرم في ذلك زيادة تكلف بالثياب؛ حتى لا تصل إليه حرارة بدنها، وإن لم يمكنه ذلك تكلف لدفع الشهوة عن قلبه، يعني لا يقصد بما فعل قضاء الشهوة.

٩٥١٥- وأما النظر إلى إماء الغير والمدبرات وأمهات الأولاد: فهو كنظر الرجل إلى ذوات محارمه. والأصل في ذلك ما روي عن أنس بن مالك رضي الله تعالى عنه أنه قال: كن جواري عمر رضي الله تعالى عنه يخدمن الضيفان كاشفات الرؤوس مضطربات الثدي. ولأن الأمة تحتاج إلى الخروج لحوائج مولاها، وإنما تخرج في ثياب مهنتها، فحالها مع جميع الرجال في معنى البلوى كحال المرأة مع ذوي محارمها.

وكان محمد بن مقاتل الرازي يقول: يجوز النظر إلى بطنها وجنبها وظهرها، ويروى في ذلك عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أنه قال: من أراد أن يشتري جارية فلينظر إليها إلا إلى موضع البروز وهذا القول ليس بصحيح، وتأويل الحديث: أن المرأة قد تبرز الصدر فهو مراد ابن عباس، قال: وكل ما يباح النظر إليه منها يباح مسه إذا أمن الشهوة على نفسه وعليها والأصل في ذلك ما روي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما: أنه مر بجارية تباع، فضرب بيده على صدرها ومس ذراعها وقال: اشتروا فإنها رخيصة. والمعنى أن البيع يظهر للحاجة، وكما مست الحاجة إلى النظر مست الحاجة إلى المس لتعرف لين بشرتها.

ولم يذكر محمد رحمه الله تعالى في شيء من الكتب الخلوة والمسافرة بإماء الغير، وقد اختلف المشايخ فيه، منهم من قال: لا يحل، وإليه مال الحاكم الشهيد، ومنهم من قال: يحل، وبه كان يفتي الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى.

والذين قالوا بالحل اختلفوا فيما بينهم، بعضهم قالوا: ليس له أن يعالجها في الإنزال والإركاب؛ لأنه يشتهيها، وبعضهم قالوا: له ذلك إذا أمن على نفسه الشهوة وعليها، وهذا لأن المولى قد يبعثها إلى بلدة أخرى في حاجته، وعسى أن يحتاج إلى من يركبها وينزلها؛ ولأجل الحاجة جوز النظر والمس في سائر المواضع.

٩٥١٦- وأما النظر إلى الأجنبيات: فنقول: يجوز النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة منهن، وذلك الوجه والكف في ظاهر الرواية، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾[١]. قال علي وابن عباس رضي الله تعالى عنهم: ما ظهر منها الكحل والخاتم.

---

(١) سورة النور، الآية ٣١.

وروي أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله ﷺ، فنظر إلى وجهها فلم ير فيه رغبة، ورأى رسول الله ﷺ كف امرأة غير مخضوبة فقال: كف رجل هذه، ولما ناولت فاطمة أحد ولديها بلالاً، أو أنساً، قال: رأيت كفها كأنه فلقة قمر. ولأنها تحتاج إلى إبداء وجهها في المعاملات لتحمل الشهادة عليها، وتحتاج إلى إبداء كفها عند الأخذ والإعطاء.

٩٤١٧- وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: أنه يجوز النظر إلى قدمها أيضاً؛ لأنها تحتاج إلى إبداء قدميها إذا مشت حافية أو متنعلة، فإنها لا تجد الخف في كل وقت، وفي رواية أخرى عنه قال: لا يجوز النظر إلى قدمها. وفي جامع البرامكة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه يجوز النظر إلى ذراعيها أيضاً؛ لأنها تصير مبتلاة بإبداء ذراعيها عند الغسل والطبخ.

قيل: وكذلك يباح النظر إلى ثناياها؛ لأن ذلك يبدو منها عند التحدث مع الرجال في المعاملات.

وذلك كله إذا لم يكن النظر عن شهوة، فإن كان يعلم أنه إن نظر اشتهى، أو كان أكبر رأيه ذلك، فليجتنب بجهده.

٩٤١٨- ولا يحل له أن يمس وجهها ولا كفها وإن كان يأمن من الشهوة بخلاف النظر؛ وهذا لأن حكم المس أغلظ من حكم النظر، والضرورة في المس قاصرة، فلا يلحق المس بالنظر.

هذا إذا كانت شابة تشتهى، فإن كانت عجوزاً لا تشتهى، فلا بأس بمصافحتها ومس يدها، والأصل فيه: ما روي أن رسول الله ﷺ كان يصافح العجائز في البيعة ولا يصافح الشواب، ولأن الحرمة في الشواب لخوف الفتنة ولا خوف في العجائز. وكذلك إذا كان شيخاً يأمن على نفسه وعليها، فلا بأس بأن يصافحها، وإن كان لا يأمن على نفسه أو عليها فليجتنب؛ لما مر قبل هذا.

ثم إن محمداً رحمه الله تعالى أباح المس للرجل إذا كانت المرأة عجوزة، ولم يشترط كون الرجل بحال لا يجامع مثله، وفيما إذا كان الماس هي المرأة قال: إذا كانا كبيرين لا يجامع مثله، ولا تجامع مثلها، فلا بأس بالمصافحة، فتأمل عند الفتوى.

وإن كان عليها ثياب، فلا بأس بأن يتأمل جسدها؛ لأن نظره إلى ثيابها لا إلى جسدها، فهو كما لو كانت في بيت فنظر إلى جدارها، هذا إذا لم تكن ثيابها ملتزقة بها بحيث يصف ما تحتها كالقباء التركية، ولم يكن رقيقاً بحيث يصف ما تحته، وإن كانت بخلاف ذلك ينبغي له أن يغض بصره؛ لأن هذا الثوب من حيث إنه لا يسترها بمنزلة شبكة عليها. والأصل

فيه ما روي عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه قال: لا تلبسوا نساءكم الكتان والقباطي فإنه إن لا يشف يصف.

وهذا إذا كانت في حد الشهوة، وإن كانت صغيرة لا تشتهى مثلها، فلا بأس بالنظر إليها ومن مسها؛ لأنه ليس لبدنها حكم العورة، ولا في النظر والمس معنى خوف الفتنة. والأصل فيه ما روي أن رسول الله ﷺ كان يقبل الحسن والحسين في صغرهما، وروي أنه كان يأخذ ذلك من أحدهما حجره والصبي يضحك.

٩٥١٩- ثم النظر إلى الحرة الأجنبية قد يصير مرخصًا عند الضرورة؛ لما عرف أن مواضع الضرورة مستثناة من قواعد الشرع. ومن مواضع الضرورة إذا دعي الرجل إلى الشهادة على الشهادة عليها، وأراد الحاكم أن ينظر إليها ليجيز إقرارها عليها، وكان إذا نظر اشتهى، وكان أكبر رأيه ذلك، فلا بأس بالنظر إليها؛ لأن الشهادة لا تجد بدًّا من النظر إلى المشهود عليه لأداء الشهادة؛ ليكون الأداء عن علم. وكذلك القاضي لا يجد بدًّا من النظر وقت الحكم؛ حتى لا يقع الحكم على غير المستحق عليه.

٩٥٢٠- وكذلك لو أراد أن يتزوجها لا بأس بالنظر إليها وإن كان فيه شهوة، قال عليه الصلاة والسلام للمغيرة بن شعبة حين أراد[١] أن يتزوج امرأة: «أبصرها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما»، ولكن عند النظر ينبغي أن لا يقصد قضاء الشهوة، وإنما يقصد أداء الشهادة والحكم عليها.

واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيما إذا دعي[٢] إلى تحمل الشهادة عليها، وهو يعلم أنه لو نظر إليها اشتهى، فمنهم من جوّز ذلك بشرط أن يقصد تحمل الشهادة لا قضاء الشهوة[٣]، قال شيخ الإسلام: والأصح أنه لا يباح ذلك، إذ لا ضرورة في تحمل الشهادة، فقد يجد من لا يشتهي بالنظر إليها، بخلاف حالة الأداء؛ لأن الشهود التزم تلك الأمانة[٤] وهي متعينة لأدائها.

٩٥٢١- وكذلك إذا اشترى جارية، فلا بأس بأن ينظر إلى شعرها وصدرها وساقيها، وإن اشتهى؛ لأن المالية مطلوبة بالشراء، ولا يصير مقدارها معلومًا إلا بالنظر إلى هذه

(١) هذه العبارة وردت في جميع النسخ التي عندنا دون الأصل.

(٢) وورد في "ط": ادعى.

(٣) كذا في "ط"، وكان في الأصل: الشهادة.

(٤) في "ط": لأن الشاهد التزم تلك الأمانة ... إلخ.

المواضع، ولأجل الحاجة جاز النظر، ولا يحل له أن يمس شيئاً منها إذا اشتهى، أو كان عليه أكبر رأيه، فقد ذكرنا أن حكم المس أغلظ من حكم النظر.

٩٥٢٢ - قال: ولا يحل النظر إلى العورة إلا عند الضرورة، قال سلمان الفارسي رضي الله تعالى عنه: لأن أخر من السماء فأنقطع نصفين أحب إلي من أن أنظر إلى عورة أحد أو ينظر أحد إلى عورتي. مع هذا إذا جاء العذر، فلا بأس بالنظر إليها.

٩٥٢٣ - فمن جملة الأعذار الختان، فالختان ينظر عند ذلك الفعل، وكذلك الخافضة تنظر، وهذا لأن الختان سنة، وهو من جملة الفطرة في حق الرجل لا يمكن تركه، ومن ذلك عند الولادة فالمرأة تنظر إلى موضع الفرج من المرأة وغيره؛ لأنه لا بد من قابلة تقبل الولد ومعالجته، وبدونها يخاف الهلاك على الولد، وعند قبول الولد ومعالجته يحتاج إلى النظر، فأبيح لأجل الحاجة. وقد صح أن رسول الله ﷺ جوز شهادة القابلة على الولادة، فذلك دليل على أنه يباح لها النظر.

٩٥٢٤ - وكذلك ينظر الرجل من الرجل إلى موضع الاحتقان عند الحاجة إليه بأن كان مريضاً؛ لأن الضرورة قد تحققت والاحتقان من المداواة. وقال عليه الصلاة والسلام: «تداووا عباد الله فإن الله تعالى لم يخلق داء إلا خلق له الدواء إلا السام والهرم»[1]. وقد روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه إذا كان به هزال فاحش، فقيل له: إن الحقنة تزيل ما بك من الهزال، فلا بأس بأن يبدي ذلك الموضع للمحتقن. وهذا صحيح، فإن الهزال الفاحش نوع مرض يكون آخره الدق والسل.

وحكي عن الشافعي رحمه الله تعالى قال: إذا قيل له: إن الحقنة تقويك على المجامعة فلا بأس بذلك، وهذا ضعيف؛ لأن الضرورة لا تتحقق بهذا، وكشف العورة من غيره من غير ضرورة بمعنى الشهوة لا يجوز.

٩٥٢٥ - وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى في شرح كتاب الصوم: أن الحقنة إنما تجوز عند الضرورة، وإذا لم تكن ضرورة ولكن فيها منفعة ظاهرة بأن كان يتقوى بسببها

---

(1) أخرجه الترمذي في سننه (٢٠٣٨): باب ما جاء في الدواء، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٦٠٦١) في كتاب الطب، والضياء في الأحاديث المختارة (١٣٨٥)، والحاكم في مستدركه (٧٤٢٩)، وابن ماجه في سننه (٣٤٣٦) كتاب الطب: باب ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء، وابن أبي شيبة في مصنفه (٢٣٤١٧) كتاب الطب: باب من رخص في الدواء والطب، وأحمد في مسنده (١٨٤٧٧)، والحميدي في مسنده (٨٢٤)، والطبراني في المعجم الصغير (٤٥٩)، والطيالسي في مسنده (١٢٣٢)، والطبراني في الكبير (٤٦٢)، والبخاري في الأدب المفرد (٢٩١).

على الجماع لا يحل عندنا، فيما كان به هزال فإن كان هزالا فاحشًا يخشى منه التلف يحل وما لا فلا.

٩٥٢٦- وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى في فتاويه في باب الطهارات: قال محمد بن مقاتل الرازي: لا بأس بأن يتولى صاحب الحمام عورة إنسان بيده عند التنوير إذا كان يغض بصره، كما أنه لا بأس به إذا كان يداوي جرحًا أو قرحًا، قال الفقيه: وهذا في حالة الضرورة لا في غيرها؛ لأن كل موضع لا يجوز النظر إليه لا يجوز مسه إلا فوق الثياب، وينبغي لكل واحد أن يتولى عانته بيده إذا تنور، فإنه روي أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يتولى ذلك بنفسه.

وإذا أصابت امرأة قرحة في موضع لا يحل للرجل أن ينظر إليه، علمت امرأة دونها لتداويها؛ لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف. وكذلك في امرأة العنين تنظر إليها النساء، فإن قلن: هي بكر، فالقاضي يفرق بينهما.

٩٥٢٧- وكذا لو اشترى جارية على أنها بكر، فقبضها فقال: وجدتها ثيبًا، تنظر إليها النساء للحاجة إلى فصل الخصومة.

فإن لم يجدوا امرأة تداوي تلك القرحة، ولم يقدروا على امرأة تعلم ذلك، وخافوا أن تهلك أو يصيبها بلاء أو وجع، فلا بأس بأن يستر منها كل شيء إلا موضع تلك القرحة، ثم يداويها رجل ويغض بصره ما استطاع إلا عن ذلك الموضع؛ لأن نظر الجنس إلى غير الجنس أغلظ، فيعتبر فيه تحقق الضرورة وذلك خوف الهلاك.

٩٥٢٨- وذوات المحارم والأجنبيات في هذا على السواء؛ لأن النظر [إلى العورة] لا يحل بسبب المحرمية، والعبد فيما ينظر إلى مولاته كالحر الأجنبي؛ حتى لا يحل له أن ينظر إلا إلى وجهها وكفيها، وهذا مذهبه، وقال مالك: نظره[1] كنظر الرجل إلى ذوات محارمه؛ لقوله تعالى: ﴿أو ما ملكت أيمانهن﴾[2]. ولا يجوز أن يحمل ذلك على الإماء؛ لأن الإماء دخلن في قوله تعالى: ﴿أو نسائهن﴾. ولأن هذا مما لا يشكل أن الأمة تنظر إلى مولاتها، وإنما يحمل البيان إلى موضع الإشكال. ولأن إباحة النظر إلى ذوات المحارم لأجل الحاجة وهو دخول البعض على البعض من غير استئذان ولا حشمة، وهذا يتحقق فيما بين العبد ومولاته.

وحجتنا في ذلك: حديث سعيد بن المسيب وحديث سعيد بن جبير رضي الله تعالى

---

(١) وردت هذه العبارة في نسخة ...

(٢) سورة النور، الآية: ٣١.

عنهما، فإنهما قالا : "لا يغرنكم سورة النور فإنها في الإناث دون الذكور"، ومرادهما قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ . والموضع موضع الإشكال؛ لأن حالة الأمة تقرب من حالة الرجال حتى تسافر بغير محرم، فكان يشكل أنه هل يباح لها التكشف بين يدي أمتها؟ ولم يزل هذا الإشكال بقوله تعالى: ﴿أَوْ نِسَائِهِنَّ﴾ ؛ لأن مطلق هذا اللفظ يتناول الحرائر دون الإماء، والمعنى فيه: أنه ليس بينهما زوجية ولا محرمية، وحل النظر إلى مواضع الزينة الباطنة مبني على هذا السبب، وهذا لأن حرمة النظر إلى مواضع الزينة الباطنة لمعنى خوف الفتنة، وخوف الفتنة تنعدم بالمحرمية؛ لأن المحرمية المؤبدة تقلل الشهوة، فأما الملك لا تقلل الشهوة، بل يحملها على رفع الحشمة، ومعنى البلوى لا يتحقق أيضًا؛ لأن العبد إنما يتخذ لخدمة خارج البيت، لا لخدمة داخل البيت [على ما قيل: من اتخذ عبدًا للخدمة داخل البيت][1]، فهو كشحان. ويستوي في ذلك الخصي والفحل، قالت عائشة رضي الله تعالى عنها: "الخصي مثلة فلا يبيح ما كان حرامًا قبله". ولأن معنى الفتنة لا ينعدم بالخصا، فالخصي قد يجامع، وقيل: هو أشد الناس جماعًا.

٩٥٢٩- وكذلك المجبوب الذي لم يجف ماءه؛ لأنه ينزل بالسحق، فلا تنعدم معنى الفتنة. وإن كان مجبوبًا قد جف ماءه، فقد رخص بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى في حقه بالاختلاط بالنساء؛ لوقوع الأمن من الفتنة، والأصح أنه لا يحل ذلك.

ومن رخص فيه، تأول قوله تعالى: ﴿أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ﴾[2] الآية، وبين أهل التفسير كلام في معنى هذا، فقيل: هو المجبوب الذي جف ماءه، وقيل: هو المخنث الذي لا يشتهي النساء. والكلام في المخنث عندنا أنه إن كان مخنثًا في الرديء من الأفعال [فهو كغيره من الرجال، بل هو من الفساق يبعد عن النساء. فأما إذا كان في أعضائه لين، أو في لسانه تكسر بأصل الخلقة ولا يشتهي النساء، ولا يكون مخنثا في الرديء من الأفعال][3]، فقد رخص بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى في ترك مثله من النساء؛ لما روي أن مخنثًا كان يدخل بعض بيوت رسول الله ﷺ حتى سمع منه رسول الله ﷺ كلمة فاحشة، فإنه قال لعمر بن أبي سلمة: لئن فتح الله على رسوله الطائف لأدلنك على ابنة غيلان، فإنها تقبل بأربع وتدبر بثمان. فقال: ما كنت أعلم أنه يعرف مثل هذا، أخرجوه.

---

(١) هذه العبارة وردت في جميع النسخ التي عندنا دون الأصل.

(٢) سورة النور: الآية ٣١.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

وقيل : المراد بقوله : ﴿أو التابعين غير أولي الإربة من الرجال﴾ الأبله الذي لا يدري ما يصنع بالنساء إنما همه بطنه . وفي هذا أيضاً كلام ، فإنه إذا كان شاباً يمنع من النساء ، وإنما يجوز ذلك إذا كان شيخاً كبيراً قد ماتت شهوته ، فحينئذ يرخص في ذلك .

والأصح أن يقول : قوله : ﴿أو التابعين﴾ من المتشابه ، وقوله : ﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم﴾(١) محكم ، فنأخذ بالمحكم ونقول : كل من كان من الرجال لا يحل لها أن تبدي موضع الزينة الباطنة بين يديه ، ولا يحل له أن ينظر إليها إلا أن يكون صغيراً ، فحينئذ لا بأس بذلك ؛ لقوله تعالى : ﴿أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء﴾(٢) الآية . ولا بأس بدخول الخصي الصغير على النسوان ما لم يبلغ حد الحلم ، وذلك خمسة عشر سنة ؛ لأنه لا يحتلم .

ومما يتصل بهذا الفصل جماع الحائض في الفرج :

٩٥٢٠ - فهو حرام بالنص ، يكفر مستحلها ويفسق مباشره ؛ لقوله تعالى : ﴿فاعتزلوا النساء في المحيض﴾ وفي قوله تعالى : ﴿ولا تقربوهن حتى يطهرن﴾(٣) دليل على أن الحرمة تمتد إلى الطهر ، وقال عليه الصلاة والسلام : « من أتى امرأة في غير مأتيها ، أو أتاها في حالة الحيض ، أو أتى كاهناً فصدقه بما يقول ، فقد كفر بما أنزل على محمد »(٤) . ولكن لا يلزمه بالوطء سوى الاستغفار والتوبة .

من العلماء رحمهم الله تعالى من يقول : من وطئها في أول الحيض فعليه أن يتصدق [بدينار ، وإن وطئها في آخر الحيض فعليه أن يتصدق](٥) بنصف دينار ، وروي فيه حديثاً شاذاً ، ولكن الكفارة لا تثبت بمثله .

وحجتنا في ذلك ما روي أن رجلاً جاء إلى الصديق رضي الله تعالى عنه ، فقال : إني

(١) سورة النور ، الآية ٣٠ .

(٢) سورة النور ، الآية ٣١ .

(٣) سورة البقرة ، الآية ٢٢٢ .

(٤) أخرجه ابن ماجه في الطهارة من السنن (١٠٢)، والدارمي في سننه (١١٣٦) باب من أتى امرأته في دبرها ، والحاكم في المستدرك (١٩١)، وابن أبي شيبة في مصنفه ٣/٢٢٤ ، والهيثمي في مجمع الزوائد ٥/١١٢ .

(٥) وردت هذه العبارة في نسخة .

رأيت في منامي كأني أبول دماً، فقال له: تصدق، قال: فقال: إنك تأتي امرأتك في حال الحيض، فاعترف بذلك، فقال: استغفر الله، ولا تعد، ولم يلزمه الكفارة.

٩٥٣١ - واختلفوا فيما سوى الجماع، فقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: له أن يستمتع بها فوق المئزر، وليس له ما تحته. وقال محمد رحمه الله تعالى: يجتنب شعار الدم وله ما سوى ذلك، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وذكر الطحاوي قول أبي يوسف مع أبي حنيفة رحمهما الله، وذكر[1] الكرخي مع محمد.

٩٥٣٢ - وجه قول محمد: الاستدلال بقوله تعالى: ﴿قُلْ هُوَ أَذًى﴾[2] ففيه بيان أن الحرمة بمعنى استعمال الأذى، وذلك في محل مخصوص. وروي في الكتاب عن الصلت بن دينار عن معاوية قال: سألت عائشة رضي الله تعالى عنها (أم المؤمنين): ما يحل للرجل من امرأته، وهي حائض؟ قالت: «يجتنب شعار الدم وله ما سوى ذلك»[3].

وفي حديث آخر عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت: «للرجل من امرأته الحائض كل شيء إلا النكاح»[4] يعني الجماع. والمعنى فيه: أن ملك النكاح باق في زمان الحيض، وحرمة الفعل بمعنى استعمال الأذى، فكل فعل لا يكون فيه معنى استعمال الأذى، فهو حلال مطلق، كما كان قبل الحيض، وقاسه بالاستمتاع[5] فوق المئزر.

وحجة أبي حنيفة رحمه الله تعالى قوله تعالى: ﴿فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ﴾ فظاهره يقتضي تحريم الاستمتاع بكل عضو منه، فما اتفق عليه الآثار صار مخصوصاً من هذا الظاهر، وبقي ما سواه على الظاهر.

وروي أن وفداً سألوا عمر رضي الله تعالى عنه عما يحل للرجل من امرأته الحائض؟ فقال: سألت عنه رسول الله ﷺ فقال: «للرجل من امرأته الحائض ما فوق المئزر وليس له ما تحته». والمعنى فيه: أن الاستمتاع في موضع الفرج محرم عليه، وإذا قرب من ذلك الموضع لا

(١) هذه العبارة وردت في جميع النسخ التي عندنا دون الأصل.

(٢) مضى تخريجه.

(٣) ذكره السرخسي في المبسوط ٦٩/٣.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٢٥٨): باب في مؤاكلة الحائض ومجامعتها. والدارمي في سننه (١٠٥٤): باب مباشرة الحائض، والبيهقي في سننه الكبرى (١٣٩٦): باب الرجل يصيب من الحائض.

(٥) هكذا ورد في نسخة م، وكان في الأصل ونسخة ظ: «بالاستعمال».

يأمن على نفسه أن يقع في الحرام، فليجتنب من ذلك بالاكتفاء بما فوق المئزر.

٩٥٣٣- ولا ينبغي أن يعزل فراشها لأن ذلك تشبه باليهود، وقد نهينا عن التشبه بهم. وقد روي أن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما فعل ذلك، فبلغ ميمونة رضي الله تعالى عنها، فأنكرت عليه، وقالت: ترغب عن سنة رسول الله ﷺ، كان رسول الله ﷺ يضاجعنا في فراش واحد حالة الحيض.

٩٥٣٤- ذكر في "الجامع الصغير" عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: إذا حاضت الأمة لم تعرض في إزار واحد، يريد به مكشوفة البطن والظهر؛ لأنها إذا حاضت فقد بلغت وثبت لأعضائها حكم العورة، فلا يحل للأجنبي النظر إلى بطنها وظهرها، وإنما يحل النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة، كما في المحارم -والله أعلم-.

«أنه نهى عن لبس الحرير والديباج»، وقال: «إنما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة»[1]، وعنه عليه الصلاة والسلام: «أنه نهى عن لبس الحرير والديباج إلا قدر إصبعين أو ثلاثة أو أربعة وأراد به الإعلام»[2]، وعن عمر رضي الله تعالى عنه أنه بعث جيشًا وغنموا غنائم، فلما رجعوا تلقاهم فلبسوا له الحرير والديباج، فلما رآهم أعرض عنهم، وقال: انزعوا عنكم ثياب أهل النار، فنزعوا.

وما رواه الخصم محمول على ما قبل التحريم. الدليل عليه ما روى أنس رضي الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ لبس جبة حرير[3]، وذلك قبل أن ينهى عنه. ولأن هذا من زي الأعاجم، وتشبه بالأكاسرة، وذلك منهي عنه. قال عمر رضي الله تعالى عنه: إياكم وزي الأعاجم.

٩٥٣٩- وإنما يكره لبسه إذا لم تقع الحاجة إلى لبسه، فأما إذا وقعت الحاجة إليه، فلا بأس بلبسه؛ لما روي عبد الرحمن بن عوف والزبير رضي الله تعالى عنهما أنه كان بهما جرب كثير، فاستأذنا رسول الله ﷺ في لبس الحرير، فأذن لهما في لبسه. وكما يكره لبس ما كان لحمته حريرًا وسداه حريرًا في غير حالة الحرب، فكذا يكره ما كان لحمته حريرًا وسداه غير حرير.

وأما ما كان سداه حريرًا ولحمته غير حرير فلا بأس بلبسه بلا خلاف بين العلماء رحمهم الله تعالى، وإنما كان كذلك؛ لأن الثوب إنما يصير ثوبًا بالنسج، والنسج إنما يتأتى باللحمة والسدى، واللحمة آخرهما، فيضاف صيرورته ثوبًا على اللحمة، فإذا كانت اللحمة من الحرير، فكان الكل حريرًا حكمًا، وإذا كانت اللحمة غير حرير، فكان الكل غير حرير، فقد اعتبر اللحمة في هذه المسائل. قيل: هذا إذا كانت اللحمة غالبة على السدى وقل السدى، وقد قيل: لا، بل العبرة للحمة على كل حال، وهو الصحيح، وعليه عامة المشايخ

---

(١) أخرجه البخاري في "صحيحه" (٥٤٢٦ و٥٤٩٠ و٥٦٣٣ و٥٨٦٨)، باب الثيرة الحمراء، ومسلم في "صحيحه" (٢٠٦٥)، باب تحريم استعمال إناء الذهب والفضة على الرجال والنساء وخاتم الذهب والحرير، وأبو داود في "سننه" (٤٠٤٢ و٤١٣١): باب ما جاء في لبس الحرير، والنسائي في "الكبرى" (٩٤٨٠ و٩٤٥٦)، وفي المجتبى (٥١٤٩): باب تحريم الذهب على الرجال، وابن ماجة في "سننه" (٣٥٨٨-٣٥٨٩): باب كراهية لبس الحرير.

(٢) أخرجه ابن ماجه في "سننه" (٣٥٩٣): باب الرخصة في العلم في الثوب، والبيهقي في "الكبرى" (٥٨٧٥): باب الرخصة في العلم وما يكون في نسجه قز.

(٣) أخرجه الطحاوي في "معاني الآثار" ٤/ ٢٤٧، وذكره العظيم آبادي في "عون المعبود" ١١/ ٦٤.

رحمهم الله تعالى.

٩٥٤٠- ذكر شيخ الإسلام في "شرح السير" في باب الاستئمان في نقل الثوب إذا كان لحمته من قطن أو كتان، وسداه من إبريسم، فإن كان الإبريسم يرى كره للرجال لبسه، وإن كان لا يرى لا يكره لهم لبسه، فعلى هذا يكره للرجال لبس العتابي، وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى في هذا الباب أيضاً، هذا هو الكلام في غير حالة الحرب.

٩٥٤١- جئنا إلى حالة الحرب، فنقول: لا شك أن ما كان لحمته حريراً، وسداه غير حرير فإنه يباح لبسه في غير حالة الحرب، فلأن يباح لبسه في حالة الحرب، والأمر فيه أوسع أولى. وأما ما كان لحمته حريراً وسداه غير حرير، فإنه يباح لبسه في حالة الحرب بالإجماع؛ وإنما يباح لنوع ضرورة، وحاجة تختص بحالة الحرب، وذلك لأن في لبسه تهيباً لصورته، وبريقه، ولمعانه، ولونه، ونعامه، بتحصيل دفع ضرر السلاح، فإن العدو يدفع مضرة السلاح[1]. وقد جاءت السنة في الإطلاق عند الحاجة، فإن النبي ﷺ أطلق للزبير وعبد الرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنهما لبس الحرير عند الحكة على ما روينا[2]. وأما من كان لحمته حريراً وسداه حريراً، ففي لبسه حالة الحرب خلاف بين علمائنا رحمهم الله تعالى على ما مر، حجتهما حديث الشعبي رضي الله تعالى عنهما أن النبي ﷺ رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب[3]، ولأن الحاجة مست إلى ذلك؛ لأن الخالص أدفع لمعرة السلاح، وأهيب في عين الناظرين.

٩٥٤٢- واحتج أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه بعموم النهي، روى الحسن وعكرمة رضي الله تعالى عنهم أنهما قالا: التوقي عن الحرام في حالة التعرض للشبهات أولى. ولأن الحرام لا يحل إلا عند الضرورة، والضرورة اندفعت بالمخلوط؛ لأن المخلوط ما لحمته حريراً وسداه حريراً، والذي سداه حرير ولحمته غير حرير ليس له حكم الحرير بالإجماع، والذي لحمته حرير وإن كان حريراً في الحكم ففيه شبهة الغزل؛ لأنه موجود، وإن لم ينسب إليه،

(١) هكذا ورد في الأصل، ولكن في نسخ ... : [يمنع] معرة السلاح.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٤٦٧٣)، والبيهقي في الكبرى (٥٨١٩): باب ما يرخص للرجال من الحرير للحكة.

(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه (٣٥٨٩): باب لبس الحرير والديباج، وابن أبي شيبة في مصنفه (٣٦٦٠٠ و٣٦٦٠١ و٣٦٦٠٢): باب ما رخص فيه من لباس الحرير، وذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/٢٢٧.

فصار هذا حريرًا ناقصًا، والمهابة تحصل بظاهره، والدفع يحصل أيضًا؛ لأنه إن كان الخالص من الحرير مزية الخلوص، فلهذا مزية القوة والثخانة فاستويا، فيجب أن يكتفي بالأدنى عن الأعلى.

أصل الحرمة حديث الزبير، وحديث عبد الرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنهما فإنما أطلق لهما؛ لأن ضرر الحكة كان لا يندفع إلا بالرقيق الخالص، وأمر الحرب على ضد ذلك، أو نقول: كان ذلك قبل النهي والتحريم.

٩٤٥٣ - هذا هو الكلام في حق الرجال، بقي الكلام في حق النساء، قال عامة علمائنا رحمهم الله تعالى: يحل لهن لبس الحرير الخالص، وبعضهم قالوا: لا يحل، وهذا القائل يحتج بعموم النهي، وعامة العلماء رحمهم الله تعالى احتجوا بما روي عن علي وابن عمر وأبي موسى الأشعري وعقبة بن عامر رضي الله تعالى عنهم، أن النبي ﷺ خرج يومًا وبإحدى يديه حرير، وبالأخرى ذهب، فقال: «هذان حرامان على ذكور أمتي حلال لإناثهم»[1]، وأعطى رسول الله ﷺ حريرًا عليًا رضي الله تعالى عنه فلبسه فكره ذلك عليه الصلاة والسلام، وأمره أن يقسمه خمرًا للفواطم الأربع، وهي أمه فاطمة، وفاطمة زوجته، وفاطمة بنت حمزة، وفاطمة الأخرى رضي الله تعالى عنهن.

وأما لبس ما علمه حرير، أو مكفوف، فمطلق عند عامة الفقهاء خلافًا لبعض الناس لعموم النهي، ولعامة العلماء حديث عائشة رضي الله تعالى عنها في لبس رسول الله ﷺ قطيفة علمها حرير. وفي حديث أسماء أن النبي ﷺ كان يلبس جبة حرير مكفوفة بالحرير[2]، ولأن القليل من الفضة وهو الخاتم يحل للرجال ترغيبًا في نعيم الآخرة، فكذلك العلم.

وذكر القدوري في شرحه أن النبي ﷺ لبس مروطًا أطرافها من الديباج. فهذا دليل على أنه لا بأس بمثل هذا الثوب، وعن هشام عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أنه لم ير بأسًا بالعلم في الثوب قدر أربعة أصابع. قال: لأن العلم يكون تبعًا للثوب فلا يكون بأسًا به.

٩٤٥٤ - وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: أنه إذا لبس قميصه حريرًا وفروة، أو إزارًا لم يكن عندي بمثله بأس، وهو كالعلم يكون في الثوب ومعه غيره لا بأس به، وإن كان وحده كرهته. وأكره تكة الحرير؛ لأنها تلبس وحدها، وهذا لأنه إذا كان معه غيره

---

(١) ذكره القرطبي في تفسيره ٢٠٧/٦، وابن حجر في فتح الباري ٢٩٦/١٠ من طريق أبي داود والنسائي وصححه، والزيلعي في نصب الراية ٢٢٢/٤.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٤٦٨٦) باب من رخص في العلم من الحرير في الثوب.

فالتبع لا يكون مضافاً إليه، بل يكون هو تبعاً في اللبس، والمحرم لبس الحرير.

وفي "شرح الجامع الصغير" لبعض المشايخ: لا بأس بتكة الحرير للرجل عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وذكر الصدر الشهيد في زيادات "الواقعات": يكره عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، وفي حاشية "شرح الجامع الصغير" للصدر الشهيد مكتوب بخطه: إن في تكة الحرير اختلاف بين أصحابنا رحمهم الله تعالى.

٩٥٤٥- ويكره لبس الثوب المعصفر للرجال، وروي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أنه قال: نهاني رسول الله ﷺ عن لبس المعصفر، وقال: «إياكم والحمرة فإنها زي الشيطان»[1]. وفي "المنتقى": كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يكره للرجل أن يلبس الثوب المصبوغ بالعصفر، أو بالورس والزعفران للأثر الوارد فيه، وذكر هشام عن محمد رحمه الله تعالى أنه لم ير باللباس المرتفع جداً بأساً، وكذا لم ير بالملبد الأحمر والسرج بأساً.

وفي "مجموع النوازل": ويستحب من الزينة والتجمل في الدنيا، قال: خرج رسول الله ﷺ وعليه رداء قيمته ألف درهم، وربما قام إلى الصلاة وعليه رداء قيمته أربعة آلاف درهم، ودخل عليه رجل من أصحابه يوماً وعليه رداء أحمر، فقال عليه الصلاة والسلام: «إن الله تعالى إذا أنعم على عبد نعمة يحب أن يرى أثر نعمته عليه». وأبو حنيفة رضي الله تعالى عنه كان يرتدي برداء قيمته أربعمائة دينار، وأباح الله تعالى الزينة بقوله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ﴾[2].

٩٥٤٦- وكان أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه يقول لتلامذته: إذا رجعتم إلى أوطانكم فعليكم بالثياب النفيسة، وإياكم والثياب الخسيسة؛ فإن الناس ينظرون إليكم بعين الرحمة، فهو مع زهده وورعه كان يوصيهم بهذا، ومحمد بن الحسن رحمه الله تعالى كان يلبس الثياب النفيسة فقيل له في ذلك، فقال: لي نساء وجواري، فأزين نفسي كيلا ينظرن إلى غيري.

٩٥٤٧- ومحمد بن الحسن رحمه الله تعالى كان يتعمم بعمامة سوداء، فدخل عليه يوماً مستفتية، ورأيته متحيرة تنظر في وجهه، فقال لها: ما شأنك؟ قالت: أتعجب من بياض وجهك تحت سواد عمامتك، فوضعها عن رأسه ولم يتعمم بالعمامة السوداء بعد ذلك. قال

(١) أخرجه الطبراني في "المعجم الكبير" (٣٦٧)، وأبو سعيد في "فردوس مأثور الخطاب" (١٥٥٥). وذكره المباركفوري في "تحفة الأحوذي" ٥/٢٢٠ من طريق ابن منده وابن السكن والحاكم وغيرهم، والمناوي في "فيض القدير" ٣/١٢٠، وابن حجر في "الإصابة" (٢٢٢).

(٢) سورة الأعراف، الآية ٣٢

للشيخ : أليس روى عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه كان يلبس قميصاً عليه كذا رقعة؟ قال : إنه فعل عمر رضي الله تعالى عنه ذلك لنوع من الحكمة ، وهو أنه كان أمير المؤمنين ، ولو لبس ثياباً نفيسة واتخذ لنفسه ألوانا من الأطعمة فعماله وحشمه يقتدون به ، وربما لا يكون لهم مال ، فيأخذون من مال المسلمين ، فلهذا اختار ذلك بهذه المصلحة .

وحكى أن حاتم الأصم خرج حاجاً فدخل المدينة ، وقصد زيارة أنس ابن مالك رضي الله تعالى عنه ، فلما انتهى إلى باب داره استأذنه ، فلم يؤذن له ، فقيل له : اجلس ، حتى يخرج إلى الصلاة ، فخرج وصلى ودخل عليه حاتم ، فرأى داراً مرتفعة مفروشاً فيها ألوان الفرش ، ورأى خدماً وغلماناً ، فسلم عليه حاتم ، فجلس فقال : أخبرني ما ذا يجب على العباد بعد التوحيد؟ فقال : الفرائض ، قال : ثم ما ذا؟ قال : السنن والآداب ، قال : أخبرني عن دارك هذه ، وغلمانك هؤلاء ، من الفرائض أم من السنن؟ قال : يا حاتم ، إن الله تعالى قسم هذا قسماً حلالا ، ثم قال : يا حاتم ، إن تزيا يعرف المؤمن تحت الخير والبركة ، يعرف المنافق تحت العباءة والشملة ، فلما خرج من عنده قال : لو لم أشهد هذه المشهد ، خفت على نفسي أن أخرج من الدنيا على غير دين الإسلام ، لكثرة ما أقع في الفقهاء وأعتابهم .

وعن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه أنه قال : اتقوا شهرتين في اللباس ، معناه لا ينبغي للإنسان أن يختار لنفسه اللبسة المحقورة التي ترجع إلى الإهانة ، و لا اللبسة المشهورة التي تجعل اللابس نفسه أضحوكة للخلق ينظر إليه كل ناظر ، بل يختار فيما بين ذلك [فالوسط](١) محمود في كل شيء .

٩٥٤٨ - قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرح كتاب الكسب : ينبغي أن يلبس عامة الأوقات الغسيل ، ويلبس أحسن ما يجد في بعض الأوقات إظهاراً لنعمة الله تعالى ، فإن ذلك مندوب إليه ، ولا يلبس أحسن ما يجد في جميع الأوقات ؛ لأن ذلك يؤذي المحتاجين ، وكذلك في زمان الشتاء لا ينبغي أن يظاهر بين جبتين أو ثلاثة ، إذا كان يكفيه لدفع البرد جبة واحدة ؛ لأن ذلك يؤذي المحتاجين ، وهو نهى عن اكتساب سبب أذى الغير ، ذكر الحاكم في "المنتقى" : لا بأس بلبس الخز ، والخز اسم لدابة تكون في البحر يكون على جلدها خز ، وإنه ليس من جملة الحرير ، والمحرم على الرجال لبس الحرير لا لبس غيره .

٩٥٤٩ - وأما التوسد بالحرير والديباج ، والنوم عليه فحرام عند محمد رحمه الله تعالى ، وهو قول أبي يوسف ، وعند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه لا بأس به ، وعلى هذا

(١) أثبت من "ظ" .

الاختلاف ستر الحرير وتعليقه على الأبواب. ولهما ما روي عن سعد بن أبي وقاص رضي الله تعالى عنه أنه قال: لأن أتوسد على الجمر أحب إلي من أن أتوسد على الحرير، وعن علي رضي الله تعالى عنه أنه أتي بدابة، على سرجها حرير، فقال: هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة، ولأن التنعم بالجلوس والنوم عليه مثل اللبس، وذلك من عادة المترفين. وأبو حنيفة رضي الله تعالى عنه يقول: النص ورد بتحريم اللبس والنوم عليه دون اللبس في الاستعمال، فلا يلحق به، ولأنا أجمعنا على أن القليل من الملبوس حلال، وهو ما قلنا من الأعلام، فكذلك القليل من اللبس والاستعمال، وهذا لأن التوسد والنوم عليه وافتراشه استعمال على سبيل الامتهان، فقصر معنى الاستعمال والتزين فيه، فلم يتعد حكم التحريم من اللبس الذي هو استعمال كامل إليه، بل كان هو بقليل الملبوس أشبه، ليصير سبباً للرغبة في الآخرة.

٩٥٥٠- وفي «المنتقى»: ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى. ولبس القعود على الحرير والديباج كاللبس، فإن أراد بقوله: لبس القعود على الحرير والديباج كاللبس نفي الكراهة عن القعود أصلاً، صار عن محمد رحمه الله تعالى روايتان، فإن ظاهر مذهبه أن القعود على الديباج يكره، وإن أراد به إثبات التفاوت في الكراهة لا يصير في المسألة روايتان، بل كل واحد منهما مكروه، إلا أن اللبس أشد كراهة؛ لأن الاستعمال فيه أكثر.

٩٥٥١- وفي «شرح القدوري» عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه قال: أكره ثوب القز يكون بين الفرو وبين الظهارة، ولا أرى بحشو القز بأساً [وذلك لأن الثوب إذا كان بين ثوبين فهو ملبوس ولبس الحرير لا يجوز للرجال][1]، فأما الحشو فليس بملبوس، إذ ليس عليه منه شيء، فلا يكره عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لهذه العلة؛ وعندهما ليس بملبوس ولا مفروش فلا يكره. وعنه أيضاً: وما كان من الثياب الغالب عليها غير القز كالخز ونحوه، فلا بأس بلبسه للرجال، وما كان ظاهره قز فهو مكروه، وكذا ما كان خلط منه خز وخط منه قز وهو ظاهر فهو مكروه.

٩٥٥٢- وفي «شرح القدوري» أيضاً عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أنه قال: لا بأس بالفرو أكثفها السباع وغير ذلك، وأما الميتة المدبوغة المذكاة، وقال: دباغها ذكاتها، وهذا لأن الجلود كلها تطهر بالدباغة إلا جلد الإنسان والخنزير. والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام: «أيما إهاب دبغ فقد طهر»[2]، وروي أن رسول الله ﷺ أراد أن يتوضأ في ماء في

(١) أثبت من ط.

(٢) أخرجه الترمذي في سننه (١٧٢٨) باب ما جاء في جلود الميتة إذا دبغت، والنسائي في سننه

ثمن، فقيل له: إنه جلد حمار ميت، فقال عليه الصلاة والسلام: «أليس في الشث والقرظ ما يطهره، فإنما يلبس شيئاً طاهراً فلا يكون به بأس».

الجبة إذا كانت كفافها من ديباج، هل يكره للرجال لبسها؟ اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه. وذكر الطحاوي في شرح الآثار حديثين، أحدهما يدل على الكراهة، والآخر يدل على عدم الكراهة، وذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى في شرح السير الكبير: الصحيح أنه لا يكره، وذكر القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي في شرحه أنه لا يكره، ولم يذكر فيه اختلاف المشايخ، وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى في رواية السير، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

(٤١٤٢): باب جلود الميتة، وابن ماجه في سننه (٣٦٠٩): باب لبس جلود الميتة إذا دبغت، والنسائي في الكبرى (٤٥٧٢)، والحميدي في مسنده (٤٨٦)، والطبراني في الأوسط (٧٢٨٩)، والبيهقي في الكبرى (٥٠١): باب طهارة الجلد بالدباغ.

الفصل الحادي عشر
في استعمال الذهب والفضة

٩٥٥٣- في «الجامع الصغير»: عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: أنه كان يكره الأكل والشرب في آنية الفضة والذهب والادهان فيهما. والأصل في ذلك ما روي عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن الشرب في آنية الذهب والفضة، وألحق الوعيد بشارب فيهما فإنه قال: «من شرب فيهما فكأنما يجرجر في بطنه نار جهنم»[1]. وفي بعض الأخبار: «فإن من أكل أو شرب» ويروى أن حذيفة رضي الله تعالى عنه نزل عند دهقان من العجم فقدم إليه الشراب في آنية الفضة فرده عليه، وقال: «إن رسول الله ﷺ كان ينهانا عن الشرب في أواني الفضة»[2]، والمعنى في ذلك أنه تشبه بالأكاسرة والجبابرة، والتشبه بهم فيما لابد منه مكروه، وإذا ثبت الكراهة في الأكل والشرب ثبت الكراهة في الادهان، إما لأن الادهان منفعة تتصل بالبدن، فيكون بمنزلة الأكل والشرب، أو لأن كراهة الأكل والشرب في الذهب والفضة لمكان التشبه بالأكاسرة، وذلك موجود في الادهان.

قالوا: وهذا إنما كان يصب الدهن من الآنية على رأسه أو بدنه، أما إذا أدخل يده في الإناء وأخرج منه الدهن، ثم استعمله، فلا بأس به، وكذلك أخذ الطعام من القصعة، ووضعه على خبز، أو ما أشبه ذلك، ثم أكل لا بأس به قالوا. ويستوي فيه الرجال والنساء يعني في الأكل والشرب من الذهب والفضة لعموم النهي، فإن كلمة «من» كلمة عامة.

٩٥٥٤- قال: وكان أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه لا يرى بالإناء المفضض بأساً، إذا وضع فمه على العود أو على الكوز، وكره أبو يوسف رحمه الله تعالى ذلك، وكذلك الاختلاف في الإناء المضبب، وكذلك الكرسي المضبب بالذهب والفضة لا بأس بالجلوس عليه عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه إذا لم يقعد على موضع الذهب، وكذلك تذهيب

(1) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٦٣٤): باب آنية الفضة، ومسلم في صحيحه (٢٠٦٥) في كتاب اللباس: باب تحريم استعمال أواني الذهب والفضة، والنسائي في سننه الكبرى (٦٨٧٧-٦٨٧٨ و٦٨٧٩)، وابن ماجه في سننه (٣٤١٣): باب الشرب في آنية الفضة، وابن أبي شيبة في مصنفه (٢٤١٣٥)، وأحمد في مسنده (٢٦٦٠٠)، والطبراني في المعجم الصغير (٥٦٢)، والطيالسي في مسنده (١٦٠١)، وأبو يعلى في مسنده (٢٧١١).

(2) أخرجه ابن عبد البر في التمهيد ١٦/١٠٥.

المسقف لا بأس به عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وكذلك المداهن والمجامر والسرير المضبب لا بأس به عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وكره أبو يوسف رحمه الله تعالى ذلك.

٩٥٥٥- وكذلك إذا جعل المصحف مذهبًا أو مفضضًا لا بأس به عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وكره عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، وقياس قول أبي حنيفة أن لا يكره في الباب والسرج واللجام، وقول محمد رحمه الله تعالى مثل قول أبي يوسف، هكذا حكاه القاضي الإمام أبو عاصم العامري المروزي. وهذا كله إذا كان يتخلص، وأما التمويه فهو أن يجعل الذهب ماء بحيث لا يتخلص بعد ذلك فلا بأس به بالإجماع.

حجتهما العمومات الواردة بالنهي عن استعمال الذهب والفضة، ومن استعمل إناء كان مستعملا كل جزء منه فيكره. وهذا لأن الحرمة في استعمال الذهب والفضة في الإناء وغيره إنما كان لما فيه من التشبه بالأكاسرة والجبابرة، فكل ما كان بهذا المعنى يكره، بخلاف خاتم الفضة للرجال وحلية السيف والمنطقة حيث لا يكره؛ لأن الرخصة جاءت في ذلك نصًا، أما ههنا بخلافه.

ولأبي حنيفة رضي الله تعالى حرفان: أحدهما: أن الأصل في المخلوقات إباحة الانتفاع بها والحرمة لعارض، والنص ورد في تحريم الشرب والأكل في آنية الذهب والفضة، فكل ما كان يشبه المنصوص عليه في الاستعمال يلحق بالمنصوص عليه، وما لا يشبه المنصوص عليه يبقى على أصل الإباحة، وههنا يتصل الذهب والفضة ببدنه، وهنا لم يتصل ببدنه، فلم يكن نظير المنصوص عليه في الاستعمال. فالحاصل أن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه على هذا الوجه اعتبر حرمة الاستعمال فيما يتصل ببدنه صورة. والثاني أن هذا تابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير، والعلم في الثوب، وقياسا على الشرب من يده وعلى خنصره خاتم فضة، فإن ذلك لا يكره.

وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى في الشرب من القصعة المضببة من الذهب العريض أو الفضة العريضة أو الفضة تجعل على وجه الباب وما أشبه ذلك، أن الضباب تجعل على القصعة إذا كانت لتقوم القصعة بها لا للزينة: لا بأس به بوضع الفم على الضباب، وإن كان الضباب لأجل الزينة لا لأجل تقوم القصعة بها كره وضع الفم على الضباب.

٩٥٥٦- وهذا القائل يستدل بمسألة ذكرها محمد رحمه الله تعالى في السير في باب الأنفال، وصورتها: إذا قال الأمير للجند من أصاب ذهبًا أو فضة فهو له، فأصاب رجل قصعة

مضببة بالذهب والفضة، أو قدحًا مضببًا بهما، فإن كانت الضبات لزينة القصعة بها كانت الضبات للمستعمل له، وإذا كانت الضباب لثبوت القصعة بها بحيث لو نزعت الضبات لا تبقى القصعة لم تكن الضباب للمستعمل؛ لأن الضباب إذا كانت لثبوت القصعة بها تصير من أجزاء القصعة، وأجزاء القصعة غير الذهب والفضة، فصارت الضباب غير الذهب والفضة معنى، ألا ترى أنه لم يجعل الضباب في هذه الصورة للمستعمل، وإنما لم يجعل؛ لأنها غير الذهب والفضة معنى، كذا ههنا، فيجوز وضع الفم عليها.

٩٥٥٧- ثم فرق بين التختم بالفضة، فإنه حلال، وبين جلوس على كرسي الفضة، فإنه حرام، والفرق أنه لا بد من إطلاق القليل في الدنيا ليصير أنموذجًا لما وعد الله تعالى في الآخرة لمن آمن وعمل صالحًا، ولا يطلق على وجه يصير مقصودًا، والحرير والديباج لباس أهل الجنة. قال الله تعالى: ﴿وَلِبَاسُهُمْ فِيهَا حَرِيرٌ﴾[1]: فيجب إطلاق القليل منه كالعلم، والقليل من لبسه نحو الافتراش ليكون أنموذجًا لذلك الكثير الكامل. فأما الفضة فليس منها في دار الآخرة لباس، وإنما يكون منه الكرسي والسرير وما أشبه ذلك، فلو أطلق ذلك في الدنيا لصار عين الموعود في دار الآخرة مطلقًا، وعين الموعود لا يصلح أنموذجًا، فصار هذا نظير لبس الحرير الخالص، ولبس الحرير الخالص حرام، فكذلك الجلوس على الكرسي من الفضة، وهذا نفي الحاجة مثل افتراش الحرير.

٩٥٥٨- وفي «المنتقى»: روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أنه كان يكره أن يستجمر بمجمر الذهب والفضة، كما هو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: ولا خير في أن يكتحل بمكحلة من فضة، أو بميل من ذهب أو فضة، وكذلك المرآة والأشنانة، وقال أبو حنيفة: ولا بأس بحلقة المرآة من الفضة إذا كانت المرآة حديدًا، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لا خير فيه، وذكر الحاكم في «المنتقى»: لا خير في أن يلبس الرجل ثوبًا فيه كتابة الذهب أو فضة، ولم يذكر أنه قول من، ذكر القدوري أنه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، قال: وعلى قياس قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: لا يكره، وأما المرأة فلا بأس بأن تلبسه.

٩٥٥٩- وفي «الجامع الصغير»: لا يتختم إلا بالفضة. هذا اللفظ بظاهره يقتضي أن التختم بالذهب والحديد والصفر وما أشبه ذلك حرام على الرجال، أما التختم بالذهب فحرمته على الرجال مذهب عامة العلماء، وقال بعض العلماء: لا بأس به لحديث

(١) سورة الحج، الآية ٢٣.

لتنبه؛ لأنه قد يتختم منه الصنم، فيوجد منه ريح الأصنام، وهو المعول عليه في النهي عن التختم بالصفر على ما وقعت الإشارة إليه في الحديث.

٩٥٦١- وأما التختم بالحجر الذي يسمى يشب، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، فذكر شمس الأئمة في الكتاب بناء على الحرمة، قال: ولا بأس بأن يكون الفص من الحجر، وهذا دليل على أن العبرة في الخطر والإباحة للحلقة لا للفص، وهو المذهب؛ لأنه إنما يصير مستعملاً للحلقة لا للفص. قال: ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في الفص يريد به الثقب ليحفظ به الفص، وإنه لا يكره ذلك لأنه تابع للفص، ولأنه لا يتزين به في العادة؛ لأنه لا يظهر، ولأنه قليل، فصار كالقليل من الحرير، وقد ورد في القليل من الحرير نص وهو قدر أربع أصابع.

٩٥٦٢- وفي الفتاوى: ولا بأس بأن يتخذ خاتم حديد قد لوي عليه فضة، وألبس بفضة حتى لا يرى؛ لأن التزين يقع بالفضة دون الحديد؛ لأن الحديد ليس بظاهر.

ذكر في الجامع الصغير: وينبغي أن يكون قدر فضة الخاتم المثقال، ولا يزاد عليه. وقيل: لا يبلغ به المثقال، وبه ورد الأثر على ما يأتي بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

٩٥٦٣- ثم التختم سنة، ولكن في حق من يحتاج إلى التختم، بأن يكون سلطانًا أو قاضيًا، فإن النبي ﷺ إنما تختم عند حاجته إلى الختم، فأما إذا لم يكن محتاجًا إلى الختم فترك ذلك أفضل. وحكي أن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى رأى بعض تلامذته قد تختم حالة التعلم، فقال: إذا صرت قاضيًا فتختم. ذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى في البستان: كره بعض الناس اتخاذ الخاتم إلا لذي سلطان، وأجازه عامة أهل العلم. وإذا تختم ينبغي أن يجعل الفص إلى بطن الكف لا إلى ظهر الكف، هكذا روي عن رسول الله ﷺ[1] وهذا في حق الرجال، فأما في حق النسوان فلا يفعلن كذلك، يعني لا يجعلن الفص إلى بطن الكف إن شئن؛ لأن التزين مباح لهن، والتزين لا يحصل بذلك[2].

٩٥٦٤- قال في الفتاوى: وينبغي أن يلبس الخاتم في خنصره اليسرى دون سائر أصابعه، ودون اليمنى؛ لأن لبسه في اليمنى علامة الروافض، وأما الجواز ثابت في اليمنى والشمال جميعًا، وبكل ذلك ورد الأثر. وذكر الفقيه أبو الليث في البستان: وقال عليه

---

(١) ... ما جاء في نقش الخاتم، والنسائي في سننه (٥١٩٦) باب مقدار ما يجعل في الخاتم من الفضة، وأحمد في مسنده (٢٣٠٨٤)، وابن حبان في صحيحه (٥٤٨٨)، والبيهقي (٦٢٥٠) في شعب الإيمان، وابن عبد البر في التمهيد ١٧/١١٤.

(٢) كذا في النسخ، ولعل الصواب: والتزين لا يحصل إلا بذلك.

الصلاة والسلام لواحد من أصحابه: «اتخذه من ورق ولا تبلغ به مثقالا وتختم به في يمينك»[1].

٩٥٦٥- قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع الصغير": ولا تشد الأسنان بالذهب وتشدها بالفضة، يريد به إذا تحركت الأسنان وخيف سقوطها، فأراد صاحبها أن يشدها، شدها بالفضة، ولا يشدها بالذهب. وهذا قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وقال محمد رحمه الله تعالى: يشدها بالذهب أيضاً. ولم يذكر في "الجامع الصغير" قول أبي يوسف، قيل: هو مع محمد، وقيل: هو مع أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وعلى هذا الاختلاف إذا جدع أنفه أو أذنه فأراد أن يتخذ أنفاً أو أذناً من ذهب، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: يتخذ ذلك من الفضة دون الذهب، وعند محمد من الذهب أيضاً. وعلى هذا الاختلاف إذا سقط سنه، فأراد أن يتخذ سناً آخر، فعلى قول أبي حنيفة: يتخذ من الفضة دون الذهب، وعند محمد رحمه الله تعالى يتخذ من الذهب أيضاً.

حجة محمد ما روي أن عرفجة أصيب أنفه يوم الكلاب، فاتخذ أنفاً من فضة فأنتن، فأمره رسول الله ﷺ أن يتخذ أنفاً من ذهب. وأبو حنيفة رضي تعالى عنه يقول: الشرع حرم استعمال الذهب على الرجال مطلقاً من غير فصل. قال عليه الصلاة والسلام: «هذان حرام على ذكور أمتي»[2] من غير فصل، غير أن الاستعمال لحاجة خارج عن التحريم، والحاجة تندفع بالفضة، وحكمه أقل، فلا يباح الذهب كما في التختم. فأما حديث عرفجة، قلنا: الحاجة في حقه لم تندفع بالفضة حيث أنتن.

وذكر بشر هذه المسألة في "النوادر": وذكر الخلاف فيه على الوجه الذي ذكرنا في "الجامع الصغير"، فقال على قول محمد: يشدها بالذهب أيضاً، قال بشر: وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، قال: ثم رجع أبو يوسف رحمه الله تعالى وقال: لا يشدها بالذهب، وهو قول الشافعي رضي الله تعالى عنه.

٩٥٦٦- وذكر الحاكم في "المنتقى" لو تحركت ثنية رجل، وخاف سقوطها فشدها بذهب، أو فضة لم يكن به بأس عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وروى الحسن عن أبي

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٤٢٢٣)، باب ما جاء في خاتم الحديد، والنسائي في الكبرى (٩٥١٨)، وابن حبان في صحيحه (٥٤٨٨)، والبيهقي في الكبرى (٧٣٥٣)، باب ما ورد فيما يجوز للرجل أن يتحلى به، وفي شعب الإيمان (٦٣٤٥)، ونسبه إلى الصحيحين.

(٢) مضى تخريجه.

حنيفة أنه فرق بين السن والأنف، فقال في السن: لا بأس بأن يشدها بالذهب، وفي الأنف كره ذلك، قال: لأن الأنف شيء ظاهر، فكان اتخاذه ذلك راجعًا إلى الزينة، فكان كاستعمال الحرير، واتخاذ الخاتم من الذهب، فأما السن شيء باطن فلم يكن اتخاذ ذلك راجعًا إلى الزينة، فصار كمسمار الذهب في فص الخاتم.

ومما يتصل بهذا الفصل:

ما روى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في الأمالي: أنه إذا سقط ثنية رجل، فإن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه يكره أن يعيدها، ويشدها بذهب أو فضة، وكان يقول: هي كسن ميتة يشدها مكانها، ولكن يتخذ من شاة ذكية، ويشدها مكانها.

وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لا بأس بأن يشدها مكانه. قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: بين سنه وبين سن الميتة فرق، وإن لم يحضرني. قال بشر: قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: سألت أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه عن ذلك، في مجلس آخر، فلم ير بإعادتها بأسًا.

الفصل الثاني عشر
في الكراهية في الأكل

٩٥٦٧- قال الفقيه أبو الليث: وينبغي للرجل أن لا يكثر الأكل، ولا يأكل فوق الشبع، فإن ذلك مذموم عند الله تعالى وعند الناس، وهو يضر بالبدن. وروي عن بعض الأطباء أنه قيل له: هل تجد الطب في كتاب الله تعالى؟ قال: نعم، قد جمع الله تعالى الطب في هذه الآية، وهي قوله تعالى: ﴿كُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا﴾[1] يعني أن الإسراف في الأكل والشرب يتولد منه الأمراض. وقيل: إذا كان الرجل قليل الأكل كان أصح جسمًا، وأجود حفظًا، وأزكى فهمًا، وأقل نومًا، وأخف نفسًا.

٩٥٦٨- وذكر محمد رحمه الله تعالى في كتاب الكسب: وكل واحد منهي عن إفساد الطعام، قال: ومن الإفساد السرف، والسرف في الطعام أنواع، فمن ذلك أن يأكل فوق الشبع فإنه حرام، ومن المتأخرين من لستثنى من ذلك حالة، أنه إذا كان له غرض صحيح في الأكل فوق الشبع فحينئذ لا بأس به، وذلك أن يأتيه ضيف بعد ما أكل قدر حاجته، فيأكل لأجل الضيف، حتى لا يخجل، أو يريد صوم الغد، ليتناول فوق الشبع.

٩٥٦٩- ومن الإسراف في الطعام الإكثار في الباجات والألوان، وذلك منهي عنه إلا عند الحاجة، بأن يمل من باجة واحدة، فيستكثر من الباجات ليستوفي من كل نوع شيئًا، فيجتمع له مقدار ما يتقوى به على الطاعة. وكذلك إذا كان من قصده أن يدعو بالأضياف قومًا بعد قوم إلى أن يأتوا على آخر الطعام، فلا بأس بالاستكثار في هذه الصورة.

٩٥٧٠- ومن الإسراف أن يأكل وسط الخبز ويدع جوانبه، أو يأكل ما انتفخ من الخبز، كما يفعله بعض الجهال، ويزعمون أن ذلك ألذ، ولكن ذلك إذا كان غيره لا يتناول ما ترك من جوانبه، فأما إذا كان غيره يتناول ذلك: فلا بأس بذلك، كما لا بأس أن يختار لتناوله رغيفًا دون رغيف.

٩٥٧١- ومن الإسراف [التمسح بالخبز عند الفراغ من غير أن يأكل ما يمسح به؛ لأن غيره يستقذره فلا يأكله، وأما إذا أكل ما يمسحه به، فلا بأس به. ومن الإسراف][2] إذا سقط

---

(١) سورة الأعراف: الآية ٣١.

(٢) هذه العبارة أثبتت من جميع النسخ التي في أيدينا.

من يده لقمة أن يتركها، بل ينبغي أن يبدأ بتلك اللقمة، لأن في تركها استخفافا بالخبز، ونحن أمرنا بإكرام الخبز. قال عليه الصلاة والسلام: «أكرموا الخبز فإنها من بركات السموات والأرض»(١)، وينبغي أن لا ينتظر الإدام إذا حضر الخبز، ويؤخذ في الأكل قبل أن يأتي الإدام، هذه الجملة من كتاب الكسب.

٩٥٧٢- ويستحب غسل اليدين قبل الطعام، فإن فيه بركة. قال سلمان: قرأت في التوراة: الوضوء قبل الطعام بركة، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، فقال عليه الصلاة والسلام: «الوضوء قبل الطعام وبعده بركة»(٢) يعني غسل اليدين. وإذا غسل يده بالنخالة، أو غسل رأسه بذلك، أو أحرقها إن لم يكن فيها من الدقيق شيء، وهي بحاله يعلف بها الدواب فلا بأس بذلك؛ لأنها بمنزلة التبن. وينبغي أن يصب الماء من الآنية على يده بنفسه، ولا يستعين بغيره، وقد حكي عن بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى أنه قال: هذا كالوضوء، ولا يستعين بغيره في وضوئه.

٩٥٧٣- ولا يؤكل الطعام حارًا، به ورد الأثر. ولا يشم الطعام، فإن ذلك عمل البهائم، ولا ينفخ في الطعام والشراب؛ لأن ذلك سوء الأدب.

٩٥٧٤- ومن السنة أن يأكل الطعام من وسطه، يعني في ابتداء الأكل، ومن السنة أن يلعق أصابعه قبل أن يمسحها بالمنديل، وتركه من أمر العجم والجبابرة، ومن السنة لعق القصعة، جاء في الحديث أن النبي ﷺ «أمر بلعق القصعة»(٣)، ومن السنة أن يأكل ما سقط من المائدة، ومن السنة أن يبدأ بالملح، ويختم بالملح -والله أعلم-. بيان ما يكره أكله من الحيوانات وما لا يكره يأتي في كتاب الصيد -إن شاء الله تعالى-.

٩٥٧٥- ذكر في "عيون المسائل": إذا مر الرجل بالثمار في أيام الصيف وأراد أن يتناول منها والثمار ساقطة تحت الأشجار، فإن كان ذلك في المصر لا يسعه التناول، إلا إذا علم أن صاحبها قد أباح، إما نصا أو دلالة، فإن كان في الحائط، فإن كان من الثمار التي تبقى مثل

---

(١) أخرجه الطبراني في "الكبير" (٨٤٠)، والحاكم في "مستدركه" (٧١٤٥)، والبخاري في "التاريخ الكبير" (١٩٦٧)، وأبو شجاع في "فردوس بمأثور الخطاب" (٢٠٠١)، والطبراني في "مسند الشاميين" (١٥)، وذكره العقيلي في "الضعفاء الكبير" (٩٨٣)، وابن حبان في "المجروحين" (١٧٣٤).

(٢) أخرجه أبو داود في "سننه" (٣٧٦١)، باب في غسل اليد قبل الطعام، والترمذي في "سننه" (١٨٤٦): باب ما جاء في الوضوء قبل الطعام وبعده، والبيهقي في "شعب الإيمان" (٥٨٠٤)، والطبراني في "مسند الشاميين" (٣٠٩-٣١٠).

(٣) ذكره العجلوني في "كشف الخفاء" (٦٠٥)، وذكره النووي في "شرح مسلم" ١٣/ ٢٠٤

الجوز وغيره لا يسعه الأخذ إلا إذا علم الإذن، وإن كان من الثمار التي لا تبقى تكلموا، قال الصدر الشهيد: والمختار أنه لا بأس بالتناول ما لم يتبين النهي إما صريحًا أو عادة. وإن كان ذلك في الرستاق الذي يقال له بالفارسية: براسته فإن كان من الثمار التي تبقى لا يسعه الأخذ إلا إذا علم الإذن، وإن كان من الثمار التي لا تبقى، فالمختار أنه لا بأس بالتناول ما لم يتبين النهي. وأما إذا كانت الأثمار على الأشجار فالأفضل أن لا يأخذه من موضع ما إلا بإذن، إلا أن يكون موضعًا كثير الثمار يعلم أنه لا يشق عليهم أكل ذلك فيسعه الأكل ولا يسعه الحمل. وأما أوراق الشجر إذا سقط على الطريق في أيام العليق[1]، فأخذ إنسان شيئًا من ذلك بغير إذن صاحب الشجر، فإن كان هذا ورق الشجر ينتفع بورقه نحو التوت وما أشبهه ليس له أن يأخذ، ولو أخذ يضمن، وإن كان لا ينتفع به له أن يأخذ. وإن أخذ لا يضمن.

٩٥٧٦- رفع الكمثرى من نهر جار ورفع التفاح وأكلها يجوز وإن كثر. في فتاوى أهل سمرقند وفي هذا الموضع أيضًا: رفع الجمد من السقاية وحمله إلى منزله يكره، وفي هذا الموضع: الجوز الذي يلعب به الصبيان في يوم العيد لا بأس بأكله إذا لم يكن لعبهم به على وجه المقامرة.

٩٥٧٧- وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: لا بأس بالأكل متكئا إذا لم يكن على وجه التكبر.

٩٥٧٨- الأكل يوم الأضحى قبل الصلاة فيه روايتان، والمختار أنه لا يكره، ولكن يستحب الإمساك.

٩٥٧٩- أكل الطين مكروه، هكذا ذكر في فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى. وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرح صومه: إذا كان يخاف على نفسه أنه لو أكله أورثه ذلك علة أو آفة، لا يباح له التناول، وكذلك هذا في كل شيء سوى الطين، وإن كان يتناول منه قليلا وكان يفعل ذلك أحيانًا لا بأس به. والمرأة إذا اعتادت أكل الطين تمنع عن ذلك إذا كان ذلك يوجب نقصانًا في جمالها في هذا الموضع.

ومما يتصل بمسائل الأكل وضع المملحة على الخبز على الخوان:

وإنه مكروه، لأنه استخفاف بالخبز، ولكن ينبغي أن يوضع الملح وحده على الخبز، هكذا ذكر في فتاوى أهل سمرقند، وكان الفقيه أبو القاسم الصفار يقول: لا أجد سنة

(١) وفي ظ: في أيام القليق

الناس فيه يريدون في مثل هذا الهبة دون القرض.

الدليل عليه أنه كما جرى التعارف بهذا فيما يصح فيه الإقراض، وهو ما كان من ذوات الأمثال، جرى فيما لا يصح فيه الإقراض، وهو ما ليس من ذوات الأمثال، فإن التاجر إذا أثقل عليه أمتعته في المفازة وعجز عن حملها يطرحها ويقول: من أخذ شيئاً فهو له، وهذا لا يمكن حمله على القرض؛ لأن إقراض المتاع لا يصح، فعلمنا أن التعارف في مثل هذا التصرف الهبة دون الصدقة، والدليل عليه أن الناس تعارفوا نثر السكر والدراهم في العرس والوليمة، وأحد لم يقل بأن المنثور يكون قرضاً على الآخذ مع أنه يصلح للقرض، فعلمنا أن التعارف في هذا الباب الهبة دون القرض.

فإن قيل: كيف يمكن أن يجعل هذا هبة، وأن الموهوب له وقت الهبة مجهول، وجهالة الموهوب له وقت الهبة يمنع جواز الهبة؟ ألا ترى أن من قال: وهبت هذا العين لواحد من عرض الناس، كانت الهبة فاسدة، وفسادها لجهالة الموهوب له، وجهالة الموهوب له يمنع جواز الهبة.

والجواب أن الموهوب له والموهوب وإن كانا مجهولين وقت الهبة إلا أن هذه الجهالة تزول عند القبض، وما تمنع جواز الهبة.

ألا ترى أن من وهب لرجل مشاعاً يحتمل القسمة وسلم، تجوز الهبة، ويجعل كأن الهبة من الابتداء وردت على المقسوم، وهذا لما عرف أن تمام الهبة بالقبض، فيكون العبرة لحالة القبض، ووقت القبض الهبة معلومة، والموهوب له معلوم، فيجوز كما لو وهبه منه عند الأخذ، وكذلك الموهوب إذا كان غائباً عن مجلس الهبة، وأمر الواهب الموهوب له بقبضها فقبض، جازت الهبة لما ذكرنا أن العبرة لحالة القبض، وصار من حيث المعنى، كأنه قال: اقبض فإذا قبضتها فقد ملكتها منك، وكذلك إذا وهب الدين من غير من عليه الدين، وأمره بقبضه، فقبضه يجوز؛ لأن الهبة عند القبض تصير عيناً فكأنه قال: اقبضه ثم اجعله لنفسك ثم هبة، فكذا هنا عند الأخذ يصير كأن المالك قال له: خذه هبة لك، وعند الأخذ الهبة والموهوب له معلومان، والدليل عليه فصل نثر السكر في العرس وغيره، فإن هناك من أخذ شيئاً يصير ملكاً له؛ لأن صاحب السكر بالنثر ملك السكر من ينتهبه؛ لأنه ينثره للانتهاب، وصار راضياً بصيرورة المنتهب ملكاً للمنتهب بالانتهاب، ويصير عند الانتهاب كأنه قال للمنتهب: هو لك هبة، فجاز لكون الموهوب له معلوماً وقت الأخذ، وإن كان مجهولاً وقت النثر، كذا هنا.

٥٥٨٣ - اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى في نثر الدراهم والدنانير والفلوس التي تكتب

عليها اسم الله تعالى، فمنهم من كره ذلك؛ لأنها تقع تحت أقدام الذين ينتهبون، فيطؤونها، وفيه ترك تعظيم اسم الله تعالى، ومنهم من لم يكره ذلك؛ لأنه لم يقصد بذلك تعظيم الدراهم وإعزازها لا إهانتها، وانتهابهم لذلك تحقيق لهذا المعنى.

٩٥٨٤- وإذا نثر السكر، فحضر رجل لم يكن حاضراً وقت النثر قبل أن ينتهب المنثور، وأراد أن يأخذ منه شيئاً، هل يكره ذلك؟ اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه: قال بعضهم: له أن يأخذ، واستدل هذا القائل بقول النبي ﷺ: «من شاء اقتطع»، ومعلوم أن هذا يتناول الحاضر والذي يحضر، وكان الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى يقول: ليس له ذلك.

وإذا نثر السكر ووقع في ذيل رجل أو كمه، وأخذ غيره كان ذلك للآخذ، هكذا ذكر في المنتقى. وذكر هذه المسألة في فتاوى أهل سمرقند وفصل الجواب تفصيلاً، فقال: إن كان بسط ذيله، أو كمه ليقع عليه السكر لا يكون للآخذ أخذه، ولو أخذه كان لصاحب الذيل أن يسترده منه، وإن لم يبسط ذيله، أو كمه لذلك، فالسكر للآخذ، وليس لصاحب الذيل والكم أن يسترده منه.

٩٥٨٥- وإذا دخل الرجل مقصورة الجامع، ووجد فيها سكراً حل له الأخذ، إلا على قول الفقيه أبي جعفر؛ لأن السكر إنما يدخل في المقصورة لأجل النثر في العقد غالباً، والموجود بقية النثار ظاهراً، إلا أن هذا الرجل لم يكن حاضراً وقت النثر، فلا يملك الأخذ على قول الفقيه أبي جعفر.

ولو مر بسوق العطارين[1]، فوجد سكراً لم يسعه أن يأخذه؛ لأن الغالب أنه سقط من حوانيتهم، والحكم للغالب.

٩٥٨٦- وفي «فتاوى أبي الليث»: إذا دفع الرجل إلى غيره سكراً، أو دراهم لينثره على العروس، فأراد أن يحبس لنفسه شيئاً، ففيما إذا كان المدفوع دراهم ليس له ذلك؛ لأنه مأمور بالنثر لا بالحبس، وكذا ليس له أن يدفع الدراهم إلى غيره لينثر؛ لأن صاحب الدراهم ائتمنه، أما ما أمن غيره، وإذا نثر ليس له أن يلتقط منه شيئاً، وفيما إذا كان المدفوع سكراً له أن يحبس قدر ما يحبسه الناس في العادة، هكذا اختاره الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى، قال: لأن أمر السكر على السهولة، وأمر الدراهم على الاستقصاء. وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: ليس له ذلك، وله أن يدفع السكر إلى غيره لينثره، وإذا كان نثر، له أن يلتقط، كذا اختاره الفقيه أبو الليث، وبعض مشايخنا قالوا: ليس له ذلك، كما في الدراهم.

(١) هكذا ورد في نسخ «ظ» و«ب» و«م»، وفي الأصل: «بسوق العائز».

٩٤٨٧- وفي نوادر ابن سماعة، عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل نفق حماره، فألقاه في الطريق، فجاء إنسان وسلخه، ثم حضر صاحب الحمار، فلا سبيل له على آخذ الجلد. ولو لم يلق الحمار على الطريق، فأخذه رجل من منزل صاحبه وسلخه، وأخذ جلده فلصاحبه أن يأخذ الجلد ويرد ما زاد الدباغ فيه. وعنه أيضاً في شاة ميتة نبذها أهلها، فأخذ رجل صوفها وجلدها ودبغها، فذلك له، فإن جاء صاحبها بعد ذلك أخذ الجلد ورد ما زاد الدباغ فيه، وجوابه في مسألة الشاة مخالف جوابه في مسألة الحمار. فيجوز أن يقاس كل واحد من المسألتين على الأخرى، فيصير في المسألتين روايتان. ومن هذا الجنس مسائل كثيرة، ستأتي في كتاب اللقطة -إن شاء الله تعالى-.

الفصل الرابع عشر
في الكسب

بدأ محمد رحمه الله تعالى كتاب الكسب الذي صنفه بحديث رواه ابن مسعود رضي تعالى عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال: «طلب الكسب فريضة على كل مسلم كما أن طلب العلم فريضة»(١)، وهذا لأن الله تعالى فرض الفرائض على عباده، ولا يتوصل إلى أداء الفرائض إلا بالكسب، فكان فريضة بمنزلة الطهارة لأداء الصلاة.

وبيان ذلك أن تمكنه من أداء الفرائض بقوة بدنه، ولا حصول لقوة البدن عادة إلا بالقوت، ولا حصول للقوت إلا بالكسب، فكان فريضة. وكذلك لا بد للصلاة من الطهارة، ولا بد للطهارة من آنية يتوضأ بها، ولا حصول للآنية إلا بالكسب. وكذلك لا بد للصلاة من ستر العورة، وستر العورة إنما يحصل بالثوب، وطريق تحصيل الثوب الكسب، فهو معنى قوله: إنه لا يتوصل إلى أداء الفرائض إلا بالكسب فصار الكسب فرضا. كيف وأن الله تعالى أمر بالتجارة في كتابه بقوله: ﴿فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله﴾(٢). والمراد منه التجارة، والأمر على الوجوب.

ولأن الكسب طريق الأنبياء والرسل، وأول من اكتسب أبونا آدم عليه الصلاة والسلام، فإنه لما أهبط إلى الأرض أتاه جبريل صلوات الله عليه وسلامه بالحنطة، وأمره أن يزرعها فزرعها وسقاها وحصدها وداسها وطحنها وخبزها. وكذلك نوح صلوات الله عليه وسلامه كان نجارًا يأكل من كسبه، وإدريس صلوات الله عليه وسلامه كان خياطًا. وإبراهيم صلوات الله عليه وسلامه كان بزازًا. حتى روي أن النبي ﷺ قال: «عليكم بالبز فإن أباكم إبراهيم كان بزازًا»(٣) وداود صلوات الله عليه وسلامه كان يصنع الدروع، وسليمان صلوات الله عليه وسلامه كان يصنع المكاتل، وزكريا عليه السلام كان نجارًا، وعيسى عليه السلام كان يأكل من غزل أمه، وربما كان يلتقط السنابل، فعلمنا أن الكسب طريق الأنبياء والمرسلين صلوات الله

(١) ذكره المناوي في فيض القدير ٤/٢٧٠ بلفظ: طلب كسب الحلال، و[illegible] ٤/١٦٧

(٢) سورة الجمعة، الآية ١٠.

(٣) أخرجه أبو نعيم في حلية الأولياء ٩/٦٣

على نبينا وعليهم، ونحن أمرنا بالاقتداء بهداهم، قال تعالى: ﴿فَبِهُدَاهُمُ اقْتَدِهْ﴾[1].

٩٥٨٨ - ثم الكسب على مراتب: فمقدار ما لا بد لكل أحد منهم يعني ما يقيم به صلبه، يفترض على كل أحد اكتسابه عيناً، وكذلك إذا كان له عيال من زوجة وأولاد صغار، فإنه يفترض عليه الكسب بمقدار كفايتهم عيناً؛ لأن نفقة الزوجة مستحقة على الزوج، وكذلك نفقة الولد مستحقة على الوالد، ولا يتوصل إليها إلا بالكسب، فصار الكسب مستحقاً عليه [وكذلك إذا كان له أبوان معسران يفترض عليه الكسب بقدر كفايتهما لأن نفقتهما فرض عليه][2]، وما زاد على قدر كفايته، وكفاية عياله مباح إذا لم يرد به الفخر والرياء.

ثم المذهب عند جمهور الفقهاء رحمهم الله تعالى: أن جميع أنواع الكسب في الإباحة على السواء، وقال بعض الفقهاء: الزراعة مذمومة، والصحيح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، فقد صح أن رسول الله ﷺ أزرع بالحرث، وقال عليه الصلاة والسلام: «اطلبوا الرزق في خبايا الأرض»[3]، يعني الزراعة، وكان لابن مسعود والحسن بن علي وأبي هريرة رضي الله تعالى عنهم أرض بسواد العراق يزرعونها ويؤدون خراجها.

٩٥٨٩ - ثم اختلف مشايخنا رحمهم الله تعالى في التجارة والزراعة: أيهما أفضل؟ قال بعضهم: التجارة أفضل، قال عمر رضي الله تعالى عنه: لأن أموت بين شعبتي رحلي أضرب في الأرض أبتغي من فضل الله أحب إلي من أن أقتل مجاهداً في سبيل الله. أكثر مشايخنا رحمهم الله تعالى على أن الزراعة أفضل، لأن الزراعة أعم نفعاً؛ لأنه يتناول مما يحصل بزرعه هو والدواب والطيور.

٩٥٩٠ - قال: وعلى الناس اتخاذ الأوعية لنقل الماء إلى النساء، لأنهن يحتجن إلى الماء للشرب، ولا يمكنهن الخروج ليشربن من الأنهار والحياض؛ لأنهن أمرن بالقرار في البيوت، وكان على الأزواج أن يأتوا بذلك إليهن، لأن الشرع ألزمهم ما هو من حوائجهن كالنفقة، والماء من حوائجهن.

٩٥٩١ - قال: ومن امتنع عن الأكل حتى مات وجب دخول النار عليه؛ لأنه قتل نفسه قصداً، فهو بمنزلة ما لو قتل نفسه بحديدة.

وفي «واقعات الناطفي»: إسكاف أمره إنسان أن يتخذ له خفاً مشهوراً على زي الفسقة

---

(١) سورة الأنعام: الآية ٩٠.

(٢) هذه العبارات ثبتت من جميع النسخ التي عندنا

(٣) ذكره ابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٩٩١)، والهيثمي في «مجمع الزوائد» ٢/٦٣-٦٤.

أو المجوسي، وزاد له في أجره، فأبى لا أرى أن يفعل ذلك. وكذلك الخياط، إذا أمره إنسان أن يخيط له ثوبًا على زي الفساق، وكذلك كعب الرجل مع سيره. وبيع الزنار من النصراني، وبيع القلنسوة المجوسي من المجوسي جائز من غير كراهة، قالوا: وبيع المكعب المفضض من الرجال إذا علم أنه يلبس مكروه، والكلام هنا أظهر من الكلام في بيع المكعب مع سيره.

٩٤٩٢ - وفي "العيون": إذا استأجر رجل رجلا ليغسل الميت، فلا أجر له، ولو استأجره لحمل الميت، أو حفر القبر، فله الأجر. وفي القدوري ذكر مسألة الغسل وحمل الميت، وفصل الجواب فيهما تفصيلا، قال: إن كان في موضع لا يجد من يغسله، أو يحمله غير هؤلاء، فلا أجر لهم، وإن كان ثمة ناس غيرهم، فلهم الأجر، وستأتي هذه المسألة في كتاب الإجارات - إن شاء الله تعالى -.

٩٤٩٣ - وفي "فتاوى أهل سمرقند": استأجر رجلا ليضرب الطبل، إن كان للهو لا يجوز، لأنه معصية، وإن كان للغزو، أو للقافلة يجوز: لأنه طاعة.

وفي "المنتقى": إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: في امرأة نائحة، أو صاحب طبل، أو مزمار اكتسب مالا، قال: إن كان على شرط رده على أصحابه إن عرفهم، يريد بقوله: على شرط إن شرطوا لها أو له مالا بإزاء النياحة أو بإزاء الغناء، وهذا لأنه إذا كان الأخذ على شرط كان المال بمقابلة المعصية، فكان الأخذ معصية، والسبيل في المعاصي ردها، وذلك هنا برد المأخوذ إن تمكن من رده بأن عرف صاحبه، وبالتصدق به إن لم يعرف، ليصل نفع ماله إليه إن كان لا يصل إليه عين ماله، أما إذا لم يكن الأخذ على شرط، فلم يكن الأخذ معصية، والدفع حصل من المالك برضاه، فيكون له، ويكون حلالا.

٩٤٩٤ - وفيه أيضًا عن محمد رحمه الله تعالى: في كسب المغنية إن قضي به دين لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه؛ لأنه في يدها بمنزلة الغصب، وأما في الغصب فهو مجبر على الأخذ. وينبغي على قياس المسألة المتقدمة أنها إذا أخذت ذلك من غير شرط، أن يسع لرب الدين أن يأخذه. وفيه أيضًا عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا ورث ورثة خمرًا وهم مسلمون، لا أقسم الخمر بينهم، ولكنها تخلل، ثم تقسم.

وفي "فتاوى أهل سمرقند": رجل مات وكسبه من بيع الباذق، إن تورع ورثته عن أخذ ذلك كان أولى، ويردونه على أربابها إن عرفوا أربابها؛ لأنه تمكن فيه نوع خبث، وإن لم يعرفوا أربابها، فالميراث حلال لهم في الحكم، ولا يلزمهم التصدق، ولسنا نأخذ بهذه الرواية، بل هو حرام مطلق على الورثة، قال: وإن تورعوا وتصدقوا كان أولى.

فيهما لما ذكرنا، وإلى هذا القول مال الشيخ الإمام شيخ الإسلام رحمه الله تعالى.

ومن مشايخنا من قال: لو شهدتك ما دفنتك إلا في مكانك الذي مت فيه، فهو(١) دليل أن دفن الميت في مكانه الذي مات فيه وفي مقابر أولئك القوم أفضل.

٥٩٥٨ - قال محمد رحمه الله تعالى في السير: أحب إلينا أن يدفن الميت والقتيل في المكان الذي مات فيه، وفي مقابر أولئك القوم. وإن نقل ميلاً أو ميلين، أو نحو ذلك، فلا بأس. فقد نفى البأس عن النقل ميلاً أو ميلين، فهذا دليل أن الزيادة على ذلك مكروه. وإنما قدر بميل أو ميلين عفواً؛ لأنه لا بد منه في الأعم الأغلب، فإن الغالب في كل بلدة أن يكون مقابرها خارجها، وربما يكون من المكان الذي مات فيه إلى المقبرة قدر ميلين، فصار هذا القدر عفواً. وأما الزيادة على ذلك فغير محتاج إليه في الأعم الأغلب، وفيه تشبه باليهود، وحمل النجاسة من غير فائدة فيكره. قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرح السير: لو لم يكن في نقله إلا تأخير دفنه كان كافياً في كراهته.

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى في شرحه: أن نقل الميت من بلدة إلى بلدة أخرى ليس بمكروه. وفي مختصر العيون: مطلقاً أن نقل الميت من بلد إلى بلد ليس بمكروه، وحكم قراءة القرآن في المقابر مر قبل هذا، فلا نعيده.

(١) ورد في نسخة م، وفي الأصل: فيه.

الفصل السادس عشر
في أهل الذمة والأحكام التي تعود إليهم

٩٤٩٩- يجب أن يعلم بأن أهل الذمة لا يمنعون من الدخول في سائر المساجد سوى المسجد الحرام عندنا، خلافاً لمالك، وهل يمنعون عن الدخول في مسجد الحرام؟

ذكر محمد رحمه الله تعالى في "السير الكبير" في باب دخول الكافر في المسجد: أنهم يمنعون، وذكر في "الجامع الصغير": أنهم لا يمنعون، وهكذا ذكر الكرخي في "مختصره".

قيل: ما ذكر في "الجامع الصغير" قول أبي يوسف وأبي حنيفة رحمهما الله تعالى، وبه كان يقول محمد أولاً ثم رجع، وقال: يمنعون، وهو المذكور في السير.

وجه قول محمد الآخر قول الله تعالى: ﴿فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا﴾[1] أي بعد عام الفتح، فقد خص المسجد الحرام بالنهي عن الدخول، فيدل على حرمة الدخول فيه واقتصار الحرمة على المسجد الحرام. وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى: إن القاضي ربما يجلس للقضاء في المسجد الحرام، وأهل الذمة لا يجدون بداً من رفع خصوماتهم إليه، وكذلك المسلم ربما يكون له حق على الذمي، ولا يجد بداً من إحضاره المسجد، فلو لم يجز لهم الدخول في المسجد الحرام أدى إلى إبطال حقوقهم وحقوق المسلمين، وفساد ذلك مما لا يخفى، وبهذا الطريق جاز الدخول في سائر المساجد.

والجواب عن التعليق بالآية ما حكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله تعالى: أنه ليس المراد من القربان المذكور في الآية القربان من حيث الدخول، وإنما المراد القربان من حيث التدبير، والاستيلاء، والقيام بالعمارة، فرؤساء قريش كانوا يلون ذلك قبل الفتح، وبعد الفتح منعوا عن ذلك، فإنه روي أن رسول الله ﷺ لما دخل مكة عام الفتح أخذ مفاتيح المسجد منهم ودفعها إلى من أراد من المسلمين.

وجواب آخر: إن كان المراد من القربان المذكور في الآية الدخول، ولكن على الوجه الذي اعتادوا في الجاهلية، وهو الدخول لعبادة غير الله تعالى والطواف، لا على وجه المشروع، فإنه روي أنهم كانوا يطوفون بالبيت عراة.

ثم إن أصحابنا رحمهم الله تعالى فرقوا بين الكافر وبين المسلم الجنب، فلم يجوزوا

---

(١) سورة التوبة: الآية ٢٨

للمسلم الجنب الدخول في المسجد، ويجوز للكافر الدخول في المسجد، مع أن الكافر جنب، فإنما من الكفار من لا يغتسل، ومنهم من يغتسل، ولكن لا يدري كيفيته، ولهذا لا يؤمر بالاغتسال إذا أسلم.

والفرق أن المسلم يدين وجوبه بالطهارة، ويعتقد كون الجنابة مانعة من الدخول في المسجد، فعاملناه على حسب عقيدته وبنا الحكم في حقه على ما يدينه. فأما الكافر فلا يدين وجوب الاغتسال من الجنابة أو لا يدري كيفيته، ولا يعتقد الجنابة مانعة عن الدخول في المسجد، فعاملناه على حسب الاعتقاد وبنا في حقه الحكم على ما يدينه، فبهذا افترقا.

٩٦٠٠ - وإذا قال الكافر من أهل الحرب أو من أهل الذمة لمسلم: علمني القرآن فلا بأس بأن يعلمه، ويفقهه في الدين، لعل، فقال: لعل الله تعالى يقبل بقلبه؛ قال الله تعالى ﴿وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه﴾(١) معناه حتى يسمع فيتفهم فيقف على محاسن الشريعة، فتأثر رغبته في الإيمان، وهو معنى قول محمد رحمه الله في الكتاب: لعل الله تعالى يقبل بقلبه. وروي أن واحداً من الكفار سمع القرآن فأسلم، وقال: وجدت له حلاوة. قال القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي رحمه الله تعالى: وتعليم الفقه كذلك أيضاً؛ لأن في الفقه معالم الدين ومعنى الهدى، فربما يصير ذلك سبب الإسلام.

٩٦٠١ - قال محمد رحمه الله تعالى: ويكره الأكل والشرب في أواني المشركين قبل الغسل؛ لأن الغالب والظاهر من حال أوانيهم النجاسة، فإنهم يستحلون الخمر والميتة، ويشربون ذلك ويأكلون في قصاعهم وأوانيهم، فيكره الأكل والشرب فيها قبل الغسل اعتباراً للظاهر، كما كره التوضؤ بسؤر الدجاجة؛ لأنها لا تتوقى من النجاسة في الغالب والظاهر. ولو أكل مع هذا أو شرب فيها قبل الغسل جاز، ولا يكون آكلاً، ولا شارباً حراماً؛ لأن الطهارة في الأشياء أصل، والنجاسة عارض، فيتحرى على الأصل حتى يعلم حدوث العارض، ومما يقول بأن الظاهر هو النجاسة، قلنا: نعم، ولكن الطهارة كانت ثابتة بيقين، واليقين لا يزال إلا بيقين مثله، ألا ترى أن لو أصاب عضو إنسان أو ثوبه سؤر الدجاجة، أو الماء الذي أدخل الصبي فيه يده، وصلى مع ذلك جازت صلاته، وطريقه ما قلنا: إن الأصل في الأشياء الطهارة، وقد تيقنا بالطهارة، وشككنا في النجاسة فلا تثبت النجاسة بالشك.

٩٦٠٢ - وهذا إذا لم يعلم بنجاسة الأواني، فأما إذا علم فإنه لا يجوز أن يشرب ويأكل

---

(١) سورة التوبة: الآية ٦.

منها قبل الغسل، ولو شرب أو أكل كان شاربًا وآكلا حرامًا، وهو نظير سؤر الدجاجة إذا علم أنه كان على منقارها نجاسة فإنه لا يجوز الوضوء به.

والصلاة في سراويلهم نظير الأكل والشرب في أوانيهم، إن علم أن سراويلهم نجسة، لا يجوز الصلاة فيها، وإن لم يعلم تكره الصلاة فيها، وإن صلى يجوز.

٩٦٠٣- ولا بأس بطعام اليهود والنصارى كله من الذبائح وغيرها؛ لقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾[١] من غير فصل بين الذبيحة وغيرها، ويستوي الجواب بين أن يكون اليهود والنصارى من أهل الحرب أو من غير أهل الحرب[٢]، وكذا يستوي الجواب بين أن يكون اليهود والنصارى من بني إسرائيل أو من غيرهم كنصارى العرب، لأن ما تلونا من الآية لا يوجب الفصل.

ولا بأس بطعام المجوسي كله إلا الذبيحة فإن ذبيحتهم حرام، قال عليه الصلاة والسلام: «سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب غير ناكحي نساءهم ولا آكلي ذبائحهم»[٣].

ولم يذكر محمد رحمه الله تعالى في الكتاب الأكل من المجوس، ومع غيره من أهل الشرك أنه هل يحرم أم لا؟ حكي عن الحاكم الإمام عبد الرحمن الكاتب رحمه الله تعالى أنه إن ابتلي به المسلم مرة أو مرتين، فلا بأس به، فأما الدوام عليه فيكره؛ لأنا نهينا عن مخالطتهم وموالاتهم وتكثير سوادهم، وذلك لا يتحقق في الأكل مرة أو مرتين، إنما يتحقق بالدوام عليه.

٩٦٠٤- رجل له امرأة ذمية، أو أب ذمي، ليس له أن يقوده إلى البيعة، وله أن يعوده من البيعة إلى منزله، لأن الذهاب إلى البيعة معصية وإلى المنزل لا. ولا يحمل الخمر إلى الخل للتخليل، ولكن يحمل الخل إلى الخمر، وكذلك لا يحمل الجيفة إلى الهرة، ويحمل الهرة إلى الجيفة.

٩٦٠٥- مسلم له امرأة من أهل الذمة ليس له أن يمنعها من شرب الخمر؛ لأنه حلال عندها، لكن يمنعها من إدخال الخمر في بيته، ولا يجبرها على الغسل من الجنابة؛ لأن ذلك

---

(١) سورة المائدة: الآية ٥.

(٢) هكذا ورد في "ظ" و"س"، وفي الأصل: من أهل الذمة.

(٣) أخرجه مالك في "الموطأ" (٦١٦)، وابن أبي شيبة في "مصنفه" (٣٢٦٥٠-٣٢٦٥١)، والشافعي في "مسنده" ١/ ١٠٩، وعبد الرزاق في "مصنفه" (١٠٠٢٥-١٠٠٢٩ و١٩٢٥٣)، والبيهقي في "سننه الكبرى" (١٨٤٣٤ و١٨٦٥٤)، والبزار في "مسنده" (١٠٥٦)، والشاشي في "مسنده" (٢٥٩)، وابن عبد البر في "التمهيد" ٢/ ١١٤، ثم قال: هذا حديث منقطع؛ لأن محمد بن علي لم يلق ابن عمر.

ليس يوجب عليها.

وقال في القدوري في النصرانية تحت مسلم: لا يجعل في بيته صليبًا، وتصلي في بيته حيث شاءت.

٩٦٠٦- من سأل من أهل الذمة مسلمًا عن طريق البيعة: فلا ينبغي له أن يدل عليه؛ لأنه إعانة على المعصية، ولا بأس بالذهاب إلى ضيافة أهل الذمة؛ لأنه نوع بر.

٩٦٠٧- وإذا أجر المسلم نفسه ذميًا ليعصر له، فيتخذ خمرًا، فهو مكروه، ولو آجر نفسه ليعمل في الكنيسة ويعمرها، فلا بأس به إذ ليس في نفس العمل معصية.

٩٦٠٨- ولا بأس بأن يصل الرجل المسلم المشرك قريبًا كان أو بعيدًا، محاربًا كان أو ذميًا، أو أراد بالمحارب المستأمن، وأما إذا كان غير مستأمن فلا ينبغي أن يصله بشيء.

والأصل في ذلك قول الله تعالى: ﴿لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين﴾[1] الآية إلى آخرها. الله بين بأول الآية أنه ما نهانا عن مبرة الذمي، وبين بآخر الآية أنه نهانا عن مبرة أهل الحرب، إلا أن المستأمن صار مخصوصًا عن آخر الآية؛ لأن الأمان المؤبد أو المؤقت خلف عن الإسلام في حق أحكام الدنيا، فكما لا يكون بصلة المسلم بأس، فكذا لا يكون بصلة المستأمن بأس، بخلاف غير المستأمن؛ لأنه لم يوجد في حقه ما هو خلف عن الإسلام حتى يلحق بالمسلم في حق هذا الحكم، فبقي داخلا تحت النهي.

٩٦٠٩- هذا هو الكلام في صلة المسلم المشرك. جئنا إلى صلة المشرك المسلم، فقد روى محمد رحمه الله تعالى في "السير الكبير" أخبارًا متعارضة، في بعضها أن رسول الله ﷺ قبل هدايا المشركين، وفي بعضها أنه لم يقبل، فلا بد من التوفيق.

٩٦١٠- واختلفت عبارة المشايخ رحمهم الله تعالى في وجه التوفيق، فعبارة الفقيه أبي جعفر الهندواني: أن ما روي أنه لم يقبلها محمول على أنه إنما لم يقبلها من شخص غلب على ظن رسول الله ﷺ أنه وقع عند ذلك الشخص أن رسول الله ﷺ إنما يقاتلهم طمعًا في المال لا لإعلاء كلمة الله، ولا يجوز قبول الهدية من مثل هذا الشخص [في زماننا. وما روي أنه عليه السلام قبلها، محمول على أنه قبل من شخص غلب على ظن رسول الله ﷺ أنه وقع عند ذلك الشخص أن][2] رسول الله ﷺ إنما يقاتلهم لإعزاز الدين ولإعلاء كلمة الله، لا لطلب

(١) سورة الممتحنة: الآية ٨.

(٢) هذه العبارة أثبتت من النسخ التي مرجعها عندنا كلها.

المال، وقبول الهدية من مثل هذا الشخص جائز في زماننا أيضاً؛ لأن قبول الهدية حينئذ لا يكون لترك القتال، بل للتأليف، وبه جائز.

ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من وفق من وجه آخر، فقال: لم يقبل من شخص علم أنه لو قبل منه تقل صلابته وعزته في حقه، ويلين له بسبب قبول الهدية على ما قال عليه الصلاة والسلام: «الهدية تذهب وحر الصدر»[1]، ومتى كانت الحالة هذه لا يجوز قبول الهدية؛ لأن سبيل المسلم أن يكون غليظاً شديداً على الكفرة، وقبل من شخص علم أنه لو قبل منه لا تقل صلابته وعزته في حقه، ولا يلين له بسبب قبول الهدية.

إذا قال للذمي: أطال الله بقاءك، إن كان من نيته أنه تعالى يطيل بقاءه ليسلم، أو يؤدي الجزية عن ذل وصغار فلا بأس به، وإن لم ينو شيئاً يكره.

٩٦١٦ - وفي "فتاوى أهل سمرقند"[2]: وفي هذا الموضع أيضاً: مسلم دعاه نصراني إلى داره ضيفاً، حل له أن يذهب؛ لأن فيه ضرباً من البر، وقد ندبنا إلى بر من لم يقاتلنا في الدين، قال الله تعالى: ﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ ...﴾[2] الآية.

وفي أضحية "النوازل": المجوسي أو النصراني إذا دعى رجلاً إلى طعامه [يكره الإجابة، وإن قال: اشتريت اللحم من السوق؛ لأن المجوسي يبيع المنخنقة، والموقوذة، والنصراني لا ذبيحة له][3]، وإنما يأكل ذبيحة المسلم أو يخنق. وإن كان الداعي يهودياً، فلا بأس به؛ لأنه لا يأكل إلا من ذبيحة اليهودي أو ذبيحة المسلم، وما ذكر في حق النصراني يخالف رواية محمد رحمه الله تعالى على ما تقدم ذكرها.

وفي "الجامع الصغير": عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني؛ لأن العيادة من باب البر والصلة، ولا بأس بالبر في حقهم، وقد صح أن رسول الله ﷺ عاد يهودياً في جواره، وقد مر مراراً.

---

(١) أخرجه الترمذي في "سننه" (٢١٣٠): باب في حث النبي ﷺ على التهادي، وابن عبد البر في "جامع العلوم والحكم" (١/ ٣٣٢)، والشهاب في "مسنده" (٦٥٦)، وأبو بكر القرشي في "مكارم الأخلاق" (٣٥٩)، وذكره العجلوني في "كشف الخفاء" (١٠٢٣)، والمناوي في "فيض القدير" (٣/ ٢٧٢)، كلهم من حديث أبي هريرة.

(٢) مضى تخريجه.

(٣) هذه الزيادة وردت في جميع النسخ التي في أيدينا.

الفصل السابع عشر
في الهدايا والضيافات

قضايا القضاة يأتي في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب -إن شاء الله تعالى-

٩٦١٢- وأما هدية المستقرض المقرض: فإن كانت مشروطة في الاستقراض، فهي حرام، ولا ينبغي للمستقرض أن يقبل. وإذا لم تكن الهدية مشروطة في الاستقراض، وعلم أن المستقرض أهدى إليه لأجل القرض، فإنه لا يقبل، وإن لم تكن مشروطة في الإقراض، ولم يعلم أنه أهدى إليه لأجل الدين أو لا لأجل الدين، ذكر شيخ الإسلام أنه لا بأس بقبولها، والتورع عنه أولى، وهكذا حكي عن بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى.

٩٦١٣- بعد هذا قالوا: إذا كانت المهاداة تجري بينهما قبل القرض بسبب القرابة، أو الصداقة، أو كان المستقرض معروفًا بالجود والسخاء، فهذا قائم مقام العلم أنه أهدى لا لأجل الدين، فلا يتورع عنه، وإن لم يكن شيء من ذلك، فالحال حالة الإشكال، فيتورع عنه حتى يتيقن أنه أهدى لا لأجل الدين، ومحمد رحمه الله تعالى لم يذكر هذا بلا تفصيل.

جئنا إلى فصل الدعوة

٩٦١٤- قال محمد رحمه الله تعالى: ولا بأس بأن يجيب دعوة رجل له عليه دين، قال شيخ الإسلام: هذا جواب الحكم، فأما الأفضل بأن يتورع عن الإجابة إذا علم أنه لأجل الدين، أو أشكل عليه الحال. قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى: حالة الإشكال إنما يتورع إذا كان يدعوه قبل الإقراض في كل عشرين يومًا، وبعد الإقراض جعل يدعوه في كل عشرة أيام أو زاد في الباجات، أما إن كان يدعوه بعد الإقراض كما كان يدعوه قبل الإقراض ولا يزيد في الباجات، فلا يتورع إلا إذا نص أنه أضافه لا لأجل الدين. [فإن كان لا يدعوه قبل الإقراض أصلا، وجعل يدعوه بعد الإقراض يتورع إلا إذا نص أنه أضافه لأجل الدين][1]. وهنا زيادة تفريع سيأتي في كتاب أدب القاضي -إن شاء الله تعالى-.

٩٦١٥- وأما هدايا الأمراء في زماننا: حكي عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد ابن الفضل البخاري رحمه الله تعالى أنه سئل عن هدايا الأمراء في زماننا؟ قال: ترد على

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

أربابه. والشيخ الإمام الزاهد أبو بكر محمد بن حامد رحمه الله تعالى يميل إلى هذا، فقال:
يوضع في بيت المال(١)، وهكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى في السير الكبير.

وذكر ذلك الشيخ الإمام الجليل محمد بن الفضل، فقال: كنت أعلم أن المذهب هذا إلا أني لم أفت به مخافة أن يوضع في بيت المال، ثم الأمراء يصرفونها إلى شهواتهم وملاهيهم، فقد علمنا أنهم يسلكون بيت المال مسلك أموالهم لا مسلك أموال المسلمين.

وعن عمر رضي الله تعالى عنه: أنه كان يمنع عماله عن قبول الهدايا، وإذا قبلوها ردوها على أصحابها إن قدروا عليهم، وإن لم يقدروا عليهم وضعوها في بيت المال.

٩٦١٦- واختلف الصحابة رضي الله تعالى عنهم، ومن بعدهم في جواز قبول الهدية من أمراء الجور، فكان ابن عباس وابن عمر رضي الله تعالى عنهم يقبلان هدية المختار، وعن إبراهيم النخعي رحمه الله تعالى: أنه كان يجوز ذلك، وأبو ذر وأبو الدرداء رضي الله تعالى عنهما كانا لا يجوزان ذلك، وعن علي رضي الله تعالى عنه: أن السلطان يصيب الحلال والحرام، فإن أعطاك شيئاً فخذه، فإن ما يعطيه حلال لك.

وحاصل المذهب فيه أنه إن كان أكثر ماله من الرشوة والحرام لم يحل قبول الجائزة منه ما لم يعلم أن ذلك له من وجه حلال، وإن كان صاحب تجارة وزرع، وأكثر ماله من ذلك، فلا بأس بقبول الجائزة منه ما لم يعلم أن ذلك له أصل من وجه حرام، وفي قبول رسول الله ﷺ الهدية من بعض المشركين دليل على ما قلنا.

٩٦١٧- وفي عيون المسائل: رجل أهدى إلى إنسان وأضافه، إن كان غالب ماله من الحرام، فلا ينبغي أن يقبل ويأكل من طعامه ما لم يخبر أن ذلك المال حلال استقرضه أو ورثه، وإن كان غالب ماله من حلال، فلا بأس بأن يقبل ما لم يتبين له أن ذلك من الحرام؛ وهذا لأن أموال الناس لا تخلو من قليل حرام، وتخلو عن كثير حرام، فيعتبر الغالب ويبنى عليه الحكم.

٩٦١٨- وفي فتاوى أهل سمرقند: رجل دخل على السلطان، فتقدم إليه شيء مأكول، فإن اشتراه بالثمن أو ب... يسير، ويكن هذا الرجل لا يعلم أنه مغصوب بعينه حل له أكله، أما إذا اشتراه بالثمن، فلأن العقد يقع على مثل الثمن المشار إليه لا على عين المشار إليه، فلا يتمكن الخبث في المشتري، هكذا ذكر. وهنا كلمات تأتي بعد هذا في مسائل الغصب إن شاء الله تعالى-.

(١) [illegible]

أما إذا لم يشتر ولكن لا يعلم الداخل أنه مغصوب بعينه ، فلأن الأشياء على أصل الإباحة ما لم يعلم دليل الحرمة ، فلا جرم لو علم دليل الحُرمة ، بأن علم أن هذا الشيء مغصوب بعينه لا يحل له الأكل ، هكذا ذُكر . والصحيح أنه ينظر إلى غالب مال السلطان ، ويبنى الحكم على ماذكرنا قبل هذا .

٩٦١٩- وفي " فتاوى أهل سمرقند " : لا يباح اتخاذ الضيافة في المصيبة بعد ثلاثة أيام ، ويقال فيما بين الناس : سه ديكر .

٩٦٢٠- وفي " النوازل " : الضيف إذا أعطى اللقمة بعضهم بعضًا يعتبر في ذلك تعامل الناس ويترك القياس بالاستحسان ، ولا يجوز أن يعطي سائلا لأنه لا تعامل فيه .

٩٦٢١- وفي " العيون " : إذا كان الرجل ضيفًا عند انسان فناول لقمة من طعامه من كان ضيفًا أيضًا قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى : لا يحل للمناول أن يفعل ذلك ، ولا يحل له الأكل على مورد ، بل يضعها على المائدة ، ويأكل من المائدة ، هكذا روي عن محمد رحمه الله تعالى ، وكثير من المشايخ جوزوا ذلك استحسانًا لوجود الإذن عادة . ولا يجوز للضيف أن يعطي من ذلك إنسانًا دخل عليهم لطلب إنسان ، أو حاجة أخرى ؛ لأنه لا تعامل فيه . وكذا لاينبغي له أن يعطي سائلا ؛ لأنه لا تعامل فيه . ولو ناول من المائدة هرة صاحب الدار ، أو هرة غير صاحب الدار [شيئًا من الخبز أو قليلا من اللحم ، فلا بأس به ، لأن فيه تعاملا ، فكان الإذن به ثابتة عادة ، ولو ناول كلب صاحب الدار][1] ، أو كلب غير صاحب الدار لا يجوز ، لأنه لاتعامل فيه ، فلم يكن الإذن ثابتًا عادة ، فلو تناول شيئًا من الخبز للحترق ، أو ما أشبهه ، فهو في سعة منه ؛ لأن فيه تعاملا ، وأما رفع النثة ، فهو حرام بكل حال ، إلا أن يأذن صاحب الضيافة نصًا .

٩٦٢٢- وفي هبة " العيون " : لو دعا رجل قومًا إلى منزله لضيافة ، وفرقهم على الإخونة ، فليس لأهل أحد الخوانين أن يتناول من طعام الخوان الآخر ؛ لأنه إنما يباح طعام كل خوان لجماعة معينين ، فلا تثبت الإباحة في حق غيرهم .

٩٦٢٣- وفي " فتاوى أهل سمرقند " : رجل يأكل خبزًا مع أهله ، فاجتمع كسيرات الخبز ولا يشتهيه أهله ، فله أن يطعم الدجاجة ، أو البقرة ، أو الشاة . ذكر الشاة والبقرة والدجاجة ، ولم يذكر الكلب والهرة ، قال : ولا ينبغي أن يلقيها في الطريق أو في النهر ، إلا إذا

---

(١) وردت في نسختي " ظ " و " ف " .

وضع لأجل الأكل لا شك، فعنده يجوز، هكذا نقل عن الفقيه رضي الله تعالى عنه.

٩٦٢٤- أب الصبي إذا أهدى إلى معلم الصبي، أو إلى مؤذنه في العيد، إن لم يسأل، ولم يلح عليه لا بأس به؛ لأنه بر وبر المعلم مستحب، وأما أخذ المعلم: فنقول: لا بأس بها في زماننا، وسيأتي ذلك في كتاب الإجارات مع ما يجانسها إن شاء الله تعالى.

ويحكى عن الإمام أبي الليث الحافظ أنه كان يقول: كنت أفتي بثلاثة أشياء، فرجعت عنها، كنت أفتي أنه لا يحل للمعلم أخذ الأجر على تعليم القرآن، وكنت أفتي أنه لا ينبغي للعالم أن يدخل على السلطان، وكنت أفتي لصاحب العلم أن لا يخرج إلى القرى، فيذكرهم لئلا يجمعوا له شيئا من ذلك كله، وقد رجعت تحرزا من ضياع القرآن وحقوق والعلم.

الفصل الثامن عشر
في الغناء واللهو وسائر المعاصي والأمر بالمعروف

٩٦٢٥- ذكر محمد رحمه الله في «السير الكبير» عن أنس بن مالك رضي الله تعالى عنه: أنه دخل على أخيه البراء بن مالك وهو كان يتغنى. قوله: يتغنى ظاهره حجة لمن يقول: لا بأس للإنسان أن يتغنى إذا كان يسمع ويؤنس نفسه، وإنما كان يكره إذا كان يسمع ويؤنس غيره، ومن الناس من يقول: لا بأس به في الأعراس والوليمة.

٩٦٢٦- ألا ترى أنه لا بأس بضرب الدفوف في الأعراس والوليمة، وإن كان ذلك نوع لهو، وإنما لم يكن به بأس لأن فيه إظهار النكاح وإعلانه، وبه أمر صاحب الشريعة ﷺ حيث قال: «أعلنوا النكاح ولو بالدف»[1]، فكذلك التغني. ومنهم من قال: إذا كان يتغنى ليستفيد به نظم القوافي ويصير فصيح اللسان لا بأس به. ومنهم من قال: إذا كان وحده فتغنى لدفع الوحشة عن نفسه، فلا بأس به، وبه أخذ شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى، وإنما المكروه على قول هذا القائل ما يكون على سبيل اللهو. وذكر شيخ الإسلام أن جميع ذلك مكروه عند علمائنا رحمهم الله تعالى.

ويحتج بظاهر قوله تعالى: ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ﴾[2] جاء في التفسير أن المراد منه الغناء، وحديث البراء بن مالك رضي الله تعالى عنه محمول على أنه كان ينشد الشعر المباح يعني به الشعر الذي كان فيه الوعظ والحكمة، وهذا لأن الغناء كما يطلق على الغناء المعروف يطلق على غيره، قال عليه الصلاة والسلام: «من لم يتغن بالقرآن فليس منا»[3].

٩٦٢٧- قلنا: وإنشاد ما هو مباح من الأشعار لا بأس به، وإذا كان في الشعر صفة المرأة إن كانت امرأة بعينها، وهي حية يكره، وإن كانت امرأة ميتة لا يكره، هذه الجملة من شرح

(١) أخرجه الترمذي في سننه (١٠٨٩): باب ما جاء في إعلان النكاح، وابن ماجه في سننه (١٨٩٥): باب إعلان النكاح، وابن أبي شيبة في مصنفه (١٦٣٩٧)، والبزار في مسنده (٢٢١٤)، والبيهقي في الكبرى (١٤٤٧٦)، وذكره العجلوني في كشف الخفاء ١/١٦٣، وذكره ابن حجر في التلخيص الحبير (٢٦٢٢)، وقال: في إسناده خالد بن إلياس، وهو منكر الحديث.

(٢) سورة لقمان، الآية ٦.

(٣) مضى تخريجه.

وقيل أيضاً: ما ذكر من الوجه الثاني أنه يقعد محمول على ما إذا كان الرجل خامل الذكر[1] ولا يقتدى به، أما إذا كان ممن يقتدى به فلا يقعد ولا يأكل، حتى لا يصير قدوة لغيره. وقول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: ابتليت بهذا مرة، محمول على أنه كان ذلك قبل أن يصير مقتدى.

وقيل: يقعد في الوجه الثاني على كل حال، وإطلاق محمد رحمه الله تعالى في الكتاب يدل عليه، ووجه ذلك أن الأكل من الوليمة والضيافة سنة، واللعب والغناء حرام يباشره غيره، فلا يجوز ترك السنة بحرام يباشره غيره، إلا إذا كان في المجلس كما في الوجه الأول، ولم يوجد ذلك ههنا.

وهذا كله إذا علم بعد الحضور. فأما إذا علم قبل الحضور لا يحضر أصلاً. وقد قيل: لو كان هذا الرجل بحال لا يمتنعون عن الفسق، لو امتنع هو عن الإجابة يفترض عليه الامتناع عن الإجابة [فإن كان بحال يمتنعون عن الفسق لو امتنع عن الإجابة][2] لا بأس بأن يجيب ويطعم منكر اللهو غير مصغي إليه.

٩٦٢٩- وفي "النوازل": قراءة شعر الأدب إذا كان فيه ذكر الفسق والغلام والخمر مكروه، وقد ذكرنا شيئاً في أول هذا الفصل، والاعتماد في الغلام على ما ذكرنا في المرأة ثمة.

رجل أظهر الفسق في داره، يتقدم إليه إبلاء للعذر، فإن كف عنه لم يتعرض له. وإن لم يكف عنه فالإمام فيه بالخيار، إن شاء حبسه وإن شاء أدبه بضرب سياط، وإن شاء أزعجه عن داره؛ لأن الكل يصلح للتعزير. وذكر في فتاوى النسفي أنه يكسر دنان الخمر، وإن كان قد ألقى فيه الملح، وذكر أن الكاسر لا يضمن الدنان، وسيأتي هذه المسألة مع أخواتها في كتاب الغصب -إن شاء الله تعالى-.

٩٦٣٠- وفي "النوادر"[3]: رجل رأى منكراً، وهذا الرائي يرتكب مثل هذا المنكر، يلزم الرائي أن ينهى عنهما؛ لأن الواجب عليه ترك المنكر والنهي عنه، فإن ترك أحدهما لا يوجب ترك الآخر.

٩٦٣١- رجل يعلم أن فلاناً يتعاطى من المناكير، فأراد أن يكتب إلى أبيه بذلك، قال:

(١) الخامل الذكر: الخفي الساقط الذي لا نباهة له، وفي "الهداية": [illegible]

(٢) هذه العبارة وردت في جميع النسخ التي في متناول أيدينا.

(٣) وورد في نسخة م: وفي النوازل.

إن وقع في قلبه أنه يمكن للأب أن يصبر على ابنه فليكتب؛ لأن الكتابة تفيد، وإن وقع في قلبه لا يمكنه ذلك لا يكتب؛ لأنه لا يفيد في هذه الصورة سوى وقوع العداوة بين الوالد والولد، وكذلك هذا الحكم بين الزوجين، وبين السلطان والرعية.

٩٩٣٢- قال محمد رحمه الله تعالى في "السير": لا بأس بأن يحمل الرجل وحده على المشركين، وإن كان غالب رأيه أنه [يقتل إذا كان في غالب رأيه أنه ينكي فيهم نكاية بقتل، أو جرح، أو هزيمة، وإن كان في غالب رأيه أنه](١) لا ينكي فيهم أصلاً لا بقتل ولا بجرح ولا هزيمة، ويقتل هو فإنه لا يسع له أن يحمل وحده، والقياس أن يباح له ذلك في الأحوال كلها، وإن علم أنه لا يقتل؛ لأنه ينفي بما قصد الحياة الدائمة معنى، فإن الشهداء أحياء معنى، قال الله تعالى: ﴿بَلْ أَحْيَاءٌ عِندَ رَبِّهِمْ﴾(٢) إن كان مهلكًا نفسه صورة، والعبرة للمعنى، لكن تركنا القياس فيما إذا كان يعلم أنه يقتل، ولا ينكي فيهم نكاية بالإجماع، ولا إجماع فيما إذا كان يعلم أن خروجه ينكي فيهم نكاية، فيعمل فيه بقضية القياس.

وأما قوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾(٣) فلأهل التفسير في تأويل الآية ومعناها كلام، فالمحققون منهم قالوا: معنى الآية أنفقوا أرواحكم في الجهاد، ولا تلقوا بأيديكم إلى الموت المعتاد فرارًا عن القتل في الجهاد، وأحسنوا تسليم أنفسكم وأموالكم التي اشتراها الله تعالى منكم بالجنة والنعيم. وبعضهم قالوا: معنى الآية ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾(٤) بترك الجهاد، ولها وجوه أخر عرف ذلك في كتب التفاسير.

ثم فرقوا بين الحملة على المشركين وبين الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فيما بين المسلمين، فقالوا: من أراد أن ينهى قومًا من فساق المسلمين عن منكر، وكان من غالب رأيه أنه يقتل من أجل ذلك، ولا ينكي فيهم نكاية بضرب، أو ما أشبهه، فإنه لا بأس بالإقدام عليه، وهو العزيمة، وإن كان يجوز له أن يترخص بالسكوت، وقالوا في الحملة على المشركين: إذا كان غالب رأيه أنه متى حمل عليهم يقتل من غير أن ينكي فيهم نكاية لا يحل ذلك، ولا فرق بينهما من حيث المعنى؛ لأن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ينكي فيهم نكاية لا محالة. وبيان

---

(١) هذه العبارة أثبتت من النسخ التي توجد عندنا كلها.

(٢) سورة آل عمران: الآية ١٦٩.

(٣) سورة البقرة: الآية ١٩٥.

(٤) مضى تخريجه.

ذلك من وجهين: أحدهما: أن المسلمين يعرفون الفساد حال ما يشتغلون بقتاله والمجاهدة معه مثل الفساد، فيحصل نوع نكاية بالأمر بالمعروف بتقليل الفساد، وأما الكفار لا يتركون الكفر والحراب حال ما يشتغلون بقتاله، بل يحققون ذلك ففعله لا يؤثر في تقليل الفساد، فيعتبر النكاية من حيث الجرح والضرب.

الثاني: أن القوم هناك يعتقدون ما يأمرهم به، فلا بد وأن يكون فعله مؤثراً في باطنهم، وهنا القوم لا يعتقدون ما يدعوهم، فلا يؤثر فعله في باطنهم، فيعتبر الأثر من حيث الظاهر، فأما لا فرق بينهما صورة إنما الفرق من حيث المعنى، هذه الجملة من شرح شيخ الإسلام

٩٦٣٣- وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى في «كتاب البستان»: أن الأمر بالمعروف على وجوه، إن كان يعلم بأكبر رأيه أنه لو أمر بالمعروف يقبلون ذلك منه ويمتنعون عن المنكر، فالأمر واجب عليه، ولا يسعه تركه، ولو علم بأكبر رأيه أنه لو أمرهم بذلك قذفوه وشتموه فتركه أفضل، وكذلك لو علم أنهم يضربونه، ولا يصبر على ذلك، ويقع بينهم العداوة ويهيج منه القتال فتركه أفضل، ولو علم أنهم لو ضربوه صبر على ذلك، ولم يشك لأحد، فلا بأس به وهو مجاهد، ولو علم أنهم لا يقبلون منه، ولا يخاف منهم ضرباً ولا شتماً، فهو بالخيار، والأمر أفضل -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

الفصل التاسع عشر
في التداوي والمعالجات وفيه العزل والإسقاط[١]

٩٦٢٤ - ذكر محمد في «السير» في باب دواء الجراحة عن أبي أمامة الباهلي رضي الله تعالى عنه: «أن رسول الله ﷺ داوى وجهه بعظم بال». في الحديث دليل على أنه لا بأس بالتداوي، وبه نقول. ومن الناس من كره ذلك، ويروون آثاراً تدل على كراهته، ونحن نستدل بما روينا وبقوله عليه الصلاة والسلام: «تداووا عباد الله فإن الله تعالى لم يخلق داء إلا وقد خلق له دواء إلا السام والهرم»[٢]، ولكن ينبغي لمن يشتغل بالتداوي أن يرى الشفاء من الله تعالى لا من الدواء، ويعتقد أن الشافي هو الله تعالى دون الدواء.

وتأويل ما روي من الأخبار إذا كان يرى الشفاء من الدواء ويعتقد أنه لو لم يعالج لا يسلم، ونحن نقول إنه لا يجوز التداوي على هذا.

٩٦٢٥ - قال محمد رحمه الله تعالى: ولا بأس بالتداوي بالعظم إذا كان عظم شاة، أو بقرة، أو بعير، أو فرس، أو غيره من الدواب، إلا عظم الخنزير والآدمي، فإنه يكره التداوي بهما. فقد جوز التداوي بعظم سوى الخنزير والآدمي من الحيوانات مطلقاً من غير فصل بينما إذا كان الحيوان ذكياً، أو ميتاً، وبينما إذا كان العظم رطباً أو يابساً. وما ذكر من الجواب يجري على إطلاقه إذا كان الحيوان ذكياً؛ لأن عظمه طاهر رطباً كان أو يابساً، يجوز الانتفاع به جميع أنواع الانتفاعات رطباً كان أو يابساً، فيجوز التداوي به على كل حال.

٩٦٢٦ - أما إذا كان الحيوان ميتاً فإنما يجوز الانتفاع بعظمه إذا كان يابساً، ولا يجوز الانتفاع به إذا كان رطباً، وهذا لأن اليبس في العظم بمنزلة الدباغ في الجلد من حيث أنه يقع الأمن من فساد العظم باليبس، كما يقع الأمن من فساد الجلد بالدباغ. ثم جلد الميتة يطهر بالدباغ، فكذا عظمه يطهر باليبس، فيجوز الانتفاع به، فيجوز التداوي.

وإنما لم يجز الانتفاع بعظم الخنزير والآدمي، وأما الخنزير فلأنه نجس العين بجميع أجزائه، فالانتفاع بالنجس حرام. وأما الآدمي فقد قال بعض مشايخنا رحمه الله تعالى: إنه لم يجز الانتفاع بأجزائه لنجاسته، وقال بعضهم: لم يجز الانتفاع به لكرامته وهو الصحيح.

---

(١) ورد في نسخة «ف» ونسخة «م»: وإسقاط الولد.

(٢) مضى تخريجه.

وبه أن مريضًا أشار إليه الطبيب بشرب الخمر، روي عن جماعة من أئمة بلخ أنه ينظر إن كان يعلم يقينًا أنه يصح حل له التناول، وقال الفقيه عبد الملك رحمه الله تعالى حكاية عن أستاذه: إنه لا يحل له التناول.

٩٦٤٠- وفي النوازل: رجل أدخل مرارة في إصبعه للتداوي، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: يكره، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لا يكره، والفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى أخذ بقول أبي يوسف لمكان الحاجة. وفيه أيضًا: الصحيح إذا وضع على [illegible] إذا عرف به الشفاء فلا بأس بذلك؛ لأنه يكون دون [illegible].

٩٦٤١- وإذا سال الدم من أنف إنسان ويكتب فاتحة الكتاب على جبهته بالدم، أو كتب بالبول، فقد ذكرنا ذلك قبل هذا في فصل القرآن.

جئنا إلى مسائل العزل وتفسيره أن يطأ الرجل امرأته أو أمته فيعزل عنها قبل أن يقع الماء في الرحم مخافة الحمل

٩٦٤٢- فنقول: اختلف أصحاب رسول الله ﷺ في العزل، فعلي رضي الله تعالى عنه كان يكره ذلك، وابن عباس وابن عمر وابن مسعود رضي الله تعالى عنهم أجمعين كانوا لا يكرهون ذلك، إلا أن علماءنا رحمهم الله تعالى قالوا: في المرأة المنكوحة الحرة يشترط رضاها في العزل، وفي الأمة المنكوحة يشترط رضا المولى عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وعندهما يشترط رضا الأمة، وفي الأمة المملوكة لا يشترط رضاها بلا خلاف، والمسألة على هذا الوجه مذكورة في كتاب النكاح.

٩٦٤٣- وفي فتاوى أهل سمرقند: أنه إذا عزل خوفًا من الولد السوء لفساد الزمان فهو جائز من غير رضا المرأة.

هذا هو الكلام في العزل، فأما إذا أرادت الإلقاء بعدما حبلت [illegible] هل يباح لها ذلك؟ إن أرادت بعد مضي مدة ينفخ فيه الروح، فليس لها ذلك؛ لأنها تصير قاتلة، فإنه الآن حي على ما عليه السلام، ولا يحل لها ذلك كما بعد الانفصال.

وإن أرادت الإلقاء قبل مضي مدة ينفخ فيه الروح، اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، قال بعضهم: يحل لها ذلك؛ لأن قبل مضي مدة ينفخ فيه الروح لا حكم لها، فهذا والعزل سواء.

٩٦٤٤- وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا أرادت إسقاط الولد فلها ذلك إذا لم

يستبين شيء من خلقه؛ لأنه ما لا يستبين شيء من خلقه لا يكون ولداً. وكان الفقيه علي بن موسى القمي رحمه الله تعالى يكره مثل ذلك، وكان يقول: الماء بعدما وصل إلى الرحم مآله الحياة فإنه لا يحتاج إلى صنع أحد بعد ذلك لينفخ فيه الروح، وإذا كان مآله الحياة يعطى حكم الحياة للحال، كما في بيضة صيد الحرم، إذا كان مآلها أن تصير صيداً أعطيت حكم الصيد، حتى إن من أتلف بيضة صيد الحرم ضمن، بخلاف العزل؛ لأن الماء قبل أن يصل إلى رحم المرأة ليس مآله الحياة، فإنه يحتاج إلى صنع بعد ذلك لينفخ فيه الروح، وهو الإلقاء في الرحم، أما هنا فبخلافه.

٩٦٤٥ - وفي نكاح فتاوى أهل سمرقند: امرأة مرضعة ظهر بها حبل، وانقطع لبنها، ويخاف على ولدها الهلاك، وليس لأب هذا الولد سعة حتى يستأجر الظئر، هل يباح لها أن تعالج في إسقاط الولد، قالوا: يباح ما دام نطفة، أو علقة، أو مضغة لم يخلق له عضو؛ لأنه ليس بآدمي. وذكر في الواقعات المرتبة في الباب الثالث من النكاح في تفصيل المسألة: إن خلقه لا يستبين إلا في مائة وعشرين يوماً.

٩٦٤٦ - الحجامة والفصد وإلقاء العلق على البطن بعد تحرك الولد لا بأس به، وقبل تحرك الولد وحال قرب الولادة لا ينبغي أن يفعل ذلك - والله أعلم -.

الفصل العشرون
في الختان والخضاب وقلم الأظافير وقص الشارب
وحلق المرأة شعرها ووصلها شعر غيرها بشعرها

٩٦٤٧- أقصى وقت الختان اثنى عشر سنة، وأما أول وقته فقال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: لا علم لي به، ولم يرو عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى في هذا شيء، واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، بعضهم قالوا: أول وقته إذا بلغ سبع سنين وبعضهم قالوا: إذا بلغ تسع سنين، وبعضهم قالوا: إذا بلغ عشر سنين؛ لأنه أول وقت يجوز إيصال الألم إليه، قال عليه الصلاة والسلام: «واضربوهم عليها إذا بلغوا عشراً»[1]، وبعضهم لم يوقتوا في ذلك وقتاً، وقالوا: إذا كان الصبي بحال يطيق ألم الختان يختن وإلا فلا.

٩٦٤٨- وإنه من جملة السنن حتى قال: إذا اجتمع أهل المصر على ترك الختان يحاربهم الإمام؛ لأن الختان سنة، فيحاربهم في تركه، كما يحاربهم في سائر السنن.

وفي "العيون": غلام ختن فلم يقطع الجلدة كلها، فإن قطع أكثر من النصف يكون ختاناً؛ لأن الأكثر يقوم مقام الكل، وإن كان نصفاً، أو دونه لا يكون ختاناً لانعدام الختان حقيقة وحكماً.

٩٦٤٩- وفي صلاة "النوازل": الصبي إذا لم يختن، ولا يمكن أن يمد جلده ليقطع إلا بتشديد، وحشفته ظاهرة، إذا رآه إنسان يراه كأنه اختتن، ينظر إليه الثقات وأهل البصر من الحجامين، فإن قالوا: هو على خلاف ما يمكن الاختتان، فإنه لا يشد عليه ويترك؛ لأن الواجبات تسقط بالأعذار، فالسنن أولى، وكذا الشيخ الضعيف من أهل المجوس إذا أسلم، وقال أهل البصر: إنه لا يطيق الختان يترك.

وفي "فوائد الرستغفني": اختتن الصبي ثم طال جلدته، إن صار بحال تستر حشفته يقطع، وما لا فلا.

٩٦٥٠- اختلفت الرواية في ختان النساء، ذكر في بعضها أنها سنة. هكذا حكي عن بعض المشايخ، واستدل هذا القائل بما ذكر محمد رحمه الله تعالى في كتاب الخنثى: أن الخنثى

---

(١) أخرجه أبو داود في "سننه" (٤٩٤-٤٩٥): باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، والبيهقي في "الكبرى" (٤٨٧١)، وذكره العجلوني في "كشف الخفاء" (٢٢٨٦)، والزيلعي في "نصب الراية" ١/٢٩٨.

تحتمل، ولو كان مكرمة للكل لا يحتمل؛ لأنه يختص به امرأة. وعلى هذا التقدير لا يجوز للرجل أن يفعل ذلك، ويحتمل أنه رجل، وعلى هذا التقدير لا يجوز للمرأة أن تفعل ذلك، فتعذر العمل لانعدام الناقل، فسقط.

ذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى في أدب القاضي للخصاف: أن ختان النساء مكرمة.

٩٦٥١- وخصاء الفرس لا بأس به عندنا، ومن الناس من كرهه، وكذلك خصي سائر الحيوانات، سوى بني آدم لا بأس به عندنا، ومن الناس من كرهه. والذي كرهه احتج بما روى ابن عمر رضي الله تعالى عنهما: «أن رسول الله ﷺ نهى عن خصاء الإبل والبقر والغنم والخيل»[1]، وبقوله تعالى: ﴿ولآمرنهم فليغيرن خلق الله﴾[2] يشهد لما قالوا ويؤيد ما رووا.

وعندنا لا بأس بخصي سائر الحيوانات سوى بني آدم، وتأويل الآية خصاء بني آدم، هكذا في شرح السير. وهذا هو التأويل لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا خصاء في الإسلام»[3]، وقيل: في تأويل الحديث أن يخصي الرجل نفسه، وإنه حرام.

٩٦٥٢- وفي إجارات الأصل: أن خصاء بني آدم حرام بالاتفاق، وأما خصاء الفرس، فقد ذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى في شرحه: أنه لا بأس به عند أصحابنا رحمهم الله تعالى، وذكر شيخ الإسلام في شرحه: أنه حرام. وقد صح عن عمر رضي الله تعالى عنه: أنه نهى عن خصاء الفرس، وأما في غيره من البهائم، فلا بأس به إذا كان فيه منفعة، فإذا لم يكن فيه منفعة، فهو حرام. وفي أضحية النوازل في خصاء السنور: أنه لا بأس به إذا كان فيه منفعة أو دفع ضرر. وفي الواقعات: لا بأس بخصاء البهائم إذا كان يراد به إصلاح البهائم.

٩٦٥٣- وأما سمة البهائم فقد كرهه بعض أصحابنا، وبعضهم جوزوه؛ لأن فيه منفعة ظاهرة، فإنها علامة، وعن رسول الله ﷺ: «أنه نهى عن كي الحيوان على الوجه»[4]، فهذا يشير إلى جوازه على غير الوجه.

(١) أخرجه ابن عدي في الكامل في ضعفاء الرجال ٤/٣٦٤، وبمعناه البيهقي في الكبرى ١٠/٢٤.

(٢) سورة النساء، الآية: ١١٩.

(٣) ذكره الزيلعي في نصب الراية ٣/٤٣٤، والمناوي في فيض القدير ٦/٤٣٠.

(٤) ذكره المباركفوري في تحفة الأحوذي ٥/٣٠٠، والمناوي في فيض القدير ٦/٣٣٦، والشوكاني في نيل الأوطار ٩/٩٦.

الفصل الحادي والعشرون
في الزينة واتخاذ الخادم للخدمة

٩٦٥٧ - اعلم بأن الزينة نوعان، نوع يرجع إلى البدن، ونوع يرجع إلى غيره، فنبدأ بالذي يرجع إلى البدن، فنقول: اتفق المشايخ رحمهم الله تعالى أن الخضاب في حق الرجال بالحمرة سنة، وأنه من سيماء المسلمين وعلاماتهم، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام "غيروا الشيب ولا تشبهوا باليهود"[1]، وقال الراوي: رأيت أبا بكر رضي الله تعالى عنه على منبر رسول الله ﷺ ولحيته كأنها ضرام عرفج، والعرفج نبت في البادية، هي أشد حمرة من النار. وأما الخضاب بالسواد فمن فعل ذلك من الغزاة ليكون أهيب في عين العدو، فهو محمود منه، اتفق عليه المشايخ رحمهم الله تعالى[2]، ومن فعل ذلك ليزين نفسه للنساء وليحبب نفسه إليهن، فذلك مكروه، عليه عامة المشايخ، وبنحوه ورد الأثر عن عمر رضي الله تعالى عنه. وبعضهم جوزوا ذلك من غير كراهة، روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى [أنه قال: كما يعجبني][3] أن تتزين لي يعجبها أن أتزين لها. هذه الجملة من "شرح السير الكبير".

٩٦٥٨ - اتفق المشايخ رحمهم الله على أنه لا بأس بالإثمد للرجل، واتفقوا على أنه يكره الكحل الأسود إذا قصد به الزينة [واختلفوا فيما إذا لم يقصد به الزينة][4] عامتهم على أنه لا يكره، في "شرح السير الكبير" أيضاً، وفي "فتاوى أهل سمرقند": لا بأس بالاكتحال يوم عاشوراء، روي أن أم سلمة رضي الله تعالى كحلت رسول الله ﷺ عليه وسلم يوم عاشوراء.

٩٦٥٩ - وفي "المنتقى": روى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أنه قال: لا بأس بأن تخضب المرأة يديها ورجليها تتزين بذلك لزوجها ما لم يكن خضاباً فيه تماثيل، ولا

---

(١) أخرجه الترمذي في "سننه" (١٧٥٩): باب ما جاء في الخضاب، والنسائي في "سننه" (٥٠٧٣-٥٠٧٤): باب الإذن بالخضاب، وأحمد في "مسنده" (١٤٥٦)، وابن حبان في "صحيحه" (٥٤٧٣)، والبيهقي في "الكبرى" (٦٠٠-١٤): باب ما يقع به، والشافعي في "مسنده" (٤٥)، والطبراني في "الأوسط" (١٢٣٠)، وفي "الصغير" (٤٨٣)، وأبو يعلى في "مسنده" (٦٨٦).

(٢) ورد في "ط": اتفق عليه المشايخ، وعليه من فعل ذلك... إلخ.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من "ظ" و"م" و"ف".

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من "ظ" و"م" و"ف".

بأس بالخضاب للجارية الصغيرة والكبيرة، وأما الصبي، فلا ينبغي أن يخضب يده، ولا رجله كالرجل.

٩٦٦٠- وأما الذي يرجع إلى غير البدن قال محمد رحمه الله تعالى: لا بأس بأن يتخذ الرجل في بيته سريراً من ذهب، أو فضة، وعليه فرش الديباج يتجمل بذلك للناس من غير أن يقعد، أو ينام عليه؛ فإن ذلك منقول عن السلف، من الصحابة والتابعين رضي الله تعالى عنهم، روي أن الحسن رضي الله تعالى عنه، والحسين رضي الله تعالى عنه لما تزوج بشهربانو امرأة يزدجرد، زينت بيتها بالفرش من الديباج والأواني المتخذة من الذهب والفضة، فدخل عليه بعض من بقي من أصحاب رسول الله ﷺ، وقال: ما هذا في بيتك يا ابن رسول الله ﷺ؟ فقال: هذه امرأة تزوجتها، فأتت بهذه الأشياء، فلم أستحسن أن أمنعها من ذلك.

وعن محمد ابن الحنفية رضي الله تعالى عنه: أنه زين داره بمثل هذا، فعاتبه في ذلك بعض الصحابة، فقال: إنما أتجمل للناس بهذا ولست أستعمله كيلا ينظر أحد إلى بعين الجهل.

وقول محمد رحمه الله تعالى: من غير أن يقعد أو ينام عليه، فذلك رجع إلى قول محمد رحمه الله تعالى؛ لأنه لا يرى القعود والنوم على الديباج على ما مر، فأما على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: لا بأس؛ لأنه يرى النوم والقعود على الديباج على ما مر.

٩٦٦١- ذكر الفقيه أبو جعفر في «شرح السير الكبير»: أنه لا بأس أن يستر حيطان البيوت باللبود المنقشة إذا كان قصد فاعله دفع البرد، وإن كان قصد فاعله الزينة، فهو مكروه، وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في «شرح السير» أيضاً: لا بأس بأن يستر حيطان البيوت إذا كان قصد فاعله دفع الحر، وزاد عليها فقال: أو بالخيش إذا كان قصد فاعله دفع الحر؛ لأن مقصود فاعله الانتفاع دون الزينة، وإنما يكره من ذلك ما يكره على قصد الزينة، فقد صح أن عمر رضي الله تعالى عنه أمر بنزعه، ولما رأى سمعان ذلك، قال: أمحمومة بيتكم هذا أو تحولت الكعبة في كندة أشار إلى معنى الكراهة، وهو تشبيه ستر البيوت بالكعبة.

٩٦٦٢- وفي «فتاوى أهل سمرقند»: إرخاء الستر على البيت مكروه، قالوا: نص عليه محمد رحمه الله تعالى في «السير الكبير»؛ لأنه زينة وتكبر.

ذكر محمد رحمه الله تعالى في «السير الكبير»: عن أبي جحيفة رضي الله تعالى عنه قال: رأيت رسول الله ﷺ في قبة حمراء من أدم يوم فتح مكة، ورأيت بلالاً رضي الله تعالى عنه قد أدخل عليه وضوءه ثم أخرجه بهريقه، والحديث إلى أن قال: «ثم خرج رسول الله ﷺ وعليه

قبة حمراء (١). وفي الحديث دليل على أنه لا بأس بالشرب، ألا ترى أنه كان لرسول الله ﷺ قبة حمراء من أدم، وفيه دليل على أنه لا بأس للإنسان أن يكون معه من يخدمه، ألا ترى أنه كان بلال مع رسول الله ﷺ، وكان يقوم بخدمته ووضوئه ونحو ذلك، ولكن ينبغي أن يكلفه الخدمة قدر ما يطيق. ومن هذا قلنا: إنه لا بأس للإنسان أن يذهب راكباً حيث شاء وغلامه يمشي معه بعد أن كان يطيق ذلك، وإن كان لا يطيق ذلك فهو مكروه. بلغنا أن عثمان رضي الله تعالى عنه أتى رسول الله ﷺ راكباً وغلامه يمشي معه مسرعاً، فكره ذلك رسول الله ﷺ، وقال: أولم تتركه في البيت، فأعتقه عثمان رضي الله تعالى عنه. وتأويله أنه كان لا يطيق.

وقوله: خرج رسول الله ﷺ وعليه حلة حمراء، إن كان ذلك قبل تحريم الإبريسم على الرجال فلا حاجة إلى حمله على محمل، وإن كان بعد ذلك فالمراد من الحلة المنسوج من القطن، فإن العرب كانوا يسمون المنسوج من القطن حلة جودته، وقوله: حمراء إن كان ذلك قبل تحريم لبس المعصفر والمزعفر على الرجال، فلا حاجة إلى تأويله وحمله على محمل، وإن كان بعد ذلك فهو محمول على لون القطن، يعني وعليه حلة منسوجة من قطن لونه أحمر.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٧٦، ٥٥٢١): باب الصلاة في الثوب الأحمر، وفي باب القبة الحمراء من أدم. والترمذي في سننه (١٩٧): باب ما جاء في إدخال الإصبع في الأذن عند الأذان. وأبو داود في سننه (٥٢٠): باب المؤذن يستدير في أذانه. والنسائي في سننه (٥٣٧٨): باب اتخاذ القباب الحمر. وابن ماجه في سننه (٧١١): باب السنة في الأذان. وأحمد في مسنده (١٨٧٩٩)، وابن حبان في صحيحه (٢٣٩٤).

الفصل الثاني والعشرون
في قتل المسلم والده المشرك ومن بمعناه
وقتله سائر محرمه

٩٦٦٣ - قال محمد رحمه الله تعالى: لا بأس بأن يقتل الرجل المسلم كل ذي رحم محرم من المشركين يبتدئ به إلا الوالد خاصة، فإنه يكره له أن يبتدئ والده بذلك، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً﴾[1] من غير فصل بين كافر وكافر، لكنا تركنا ظاهره في حق الوالد بالإجماع وبنص آخر، وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ﴾[2]، والنهي عن التأفيف نهي عن القتال بطريق الأولى. وتخصيص الوالد عن ظاهر ما تلونا لا يدل على تخصيص غير الوالد، من الابن والأخ والعم والخال وأشباههم؛ لأنه اجتمع في حق الوالد حرمتان، حرمة القرابة وحرمة الأبوة، فإن للأب زيادة حرمة بسبب الأبوة ليست هي لغيره ممن له قرابة محرمة للنكاح؛ حتى لا يقتل الوالد بالولد ولا يحبس بدينه؛ فتخصيص الوالد عن ظاهر ما تلونا وله زيادة حرمة لا تدل على تخصيص غير الوالد وليس له تلك الزيادة، وإذا ثبت هذا في الوالد ثبت في الوالدة من طريق الأولى؛ لأنه اجتمع في حقها ثلاث حرمات، حرمة القرابة، وحرمة الأمومة، وحرمة الأبوة، فإن للأم زيادة حرمة ليست لغيرها، حتى لا تقتل بولدها، ولا تحبس بدين الولد، والأمومة، فإن الأمومة علة حرمتين، فيخصص الأب عن ظاهر الآية، وله حرمتان يكون تخصيصاً للأم، ولها ثلاث حرمات.

وإذا ثبت هذا الحكم في حق الوالد والوالدة؛ ثبت في حق الجد والجدات من قبل الأم والأب؛ لأنهم بمنزلة الآباء والأمهات؛ ألا ترى أنهم لا يقتلون بولد الولد ولا يحبسون بدينه كالأب والأم.

٩٦٦٤ - وهذا إذا لم يضطر الوالد إلى قتله، فأما إذا اضطر إلى قتله، فلا بأس بقتله إذا لم يمكنه الهرب منه؛ لأن ترك الأب حتى يقتله إهلاك نفسه، والمأمور به في حق الابن شرعاً أن لا يتعرض للأب بسوء ابتداء لا إهلاك نفسه، وهذا كما نهي عن قتل الصبي والشيخ الفاني ابتداء، ثم إذا جاء الاضطرار منه بأن قصد واحد منهم مسلماً بالقتل، كان للمسلم أن يقتله، ...

---

(١) سورة التوبة: الآية ٣٦.

(٢) سورة الإسراء: الآية ٢٣.

ويطرده عن قتله.

وإذا ظفر بوالده في صف لا يحصده بالقتل، ولا يمكنه من الرجوع حتى لا يعود حربًا على المسلمين، ولكن يلجئه إلى موضع ويستمسك به حتى يجيء غيره ويقتله. قال محمد رحمه الله تعالى: وهو أحب إلي.

٤٦٦٥ - هذا هو الكلام فيما بين المشرك والمسلمين، بقي الكلام بين أهل البغي وبين أهل العدل، فنقول: لا ينبغي للعادل أن يبتدئ كل ذي رحم محرم من أهل البغي بالقتل؛ لأنه اجتمع في حق الباغي حرمتان، حرمة الإسلام وحرمة القرابة [فكان نظير الأب المشرك الذي اجتمع فيه حرمة القرابة](1). والأبوة وهو نظير ما قالوا: لا ينبغي للمسلم أن يقتل كل ذي رحم محرم في الرحم، والحقوه بالأب لاجتماع الحرمتين، وهو حرمة القرابة وحرمة الإسلام - والله أعلم -.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط ر وف.

الفصل الثالث والعشرون
فيما يسع من جراحات بني آدم والحيوانات
وقتل الحيوانات وما يسع من ذلك

٩٦٦٦- في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله تعالى: في امرأة حامل ماتت، وعلم أن ما في بطنها حي، فإنه يشق بطنها من الشق الأيسر، وكذلك إذا كان أكبر رأيهم أنه حي يشق بطنها. في «الفتاوى» وفي نكاح «فتاوى أبي الليث»: البكر إذا جومعت فيما دون الفرج فحبلت بأن دخل الماء فرجها، ودنى أوان الولادة تزال عذرتها إما ببيضة، أو بطرف درهم؛ لأن بدونه لا يخرج الولد.

٩٦٦٧- ولو اعترض الولد في بطن حامل ولم يوجد سبيل إلى استخراجه إلا بقطع الولد إرباً إرباً، ولو لم يفعل ذلك يخاف الهلاك على الوالدة، فإن كان الولد ميتاً في البطن لا بأس به، وإن كان حياً لا يفتى بجواز القطع؛ لأن هذا قتل النفس لصيانة نفس أخرى، والشرع لم يرد بمثله.

٩٦٦٨- وفي «القدوري» و«العيون»: رجل ابتلع درة لرجل، فمات المبتلع، ولم يدع مالاً، قال: لا يشق بطنه وعليه القيمة، وذكر في أول الفصل الثاني من كتاب الحيطان أنه يشق بطن المبتلع. وصورة ما ذكر في كتاب الحيطان: رجل ابتلع عشرة دنانير لرجل، ومات المبتلع يشق بطنه، فعلى ما ذكر في [الحيطان][1] لا يحتاج إلى الفرق [بين المبتلع وبين المرأة الحامل إذا ماتت واضطرب في بطنها شيء، وعلى ما ذكر في العيون يحتاج إلى الفرق][2].

والفرق أن في مسألة المبتلع لو جوزنا الشق كان فيه إبطال حرمة الأعلى، وهو الآدمي لصيانة الأدنى، وهو المال، ولا كذلك مسألة الحامل.

٩٦٦٩- وفي «المنتقى» عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه قال: أكره من طلب الصيد ما طلب منه اللهو، قال: وأكره تعليم البازي بالطير الحي يأخذه فيعذبه، قال: ويعلم بالمذبوح، قال: ولا بأس بالحمار وغيره، ويكون به الداء، ويكون صاحبه منه في بلاء وتعب، ويعجز عن

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، أثبتناه من ظ، م، ب.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ، م، ب.

مقتضه أن يذبحه. وعنه في الدابة يقطع يدها أو رجلها: أنها إن كانت مما يؤكل لحمها ذبحها، وإلا عالجها. وعن بعض المتقدمين أنه لا بأس بقطع الألية من الشاة إذا كانت الألية بحال تمنع عليها الشاة، إن تمشي، بالقطع ويخف عليه الذئب.

٩٦٧٠ - وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: رجل مضطر لا يجد ميتة، ويخاف الهلاك، فقال له رجل: اقطع يدي وكلها، أو اقطع مني قطعة وكلها لا يسعه ذلك؛ لأنه ربما يؤدي إلى إتلافه. وفي فتاوى أهل سمرقند: رجل له كلب عقور في قرية كل من مر عليه عضه. فلأهل القرية أن يقتلوا هذا الكلب، دفعًا لضرره. فإن عض أحدًا من أهل القرية هل يجب الضمان على صاحبه؟ إن لم يتقدموا إليه قبل العض فلا ضمان، وإن تقدموا إليه فعليه الضمان، بمنزلة الحائط المائل إذا سقط على إنسان، وفيه نظر.

٩٦٧١ - وفي الواقعات: لا ينبغي للرجل أن يتخذ كلبًا في داره إلا كلبًا يحرس ماله؛ لأن كل دار فيها كلب لا يدخل فيها الملائكة. وفي العيون: قرية فيها كلاب كثيرة، ولأهل القرية فيها ضرر، يؤمر أرباب الكلاب بقتل الكلاب دفعًا للضرر عنهم، وإن أبوا رفعوا الأمر إلى الإمام حتى يأمرهم الإمام بذلك.

٩٦٧٢ - وفي أضحية النوازل: رجل له كلاب لا يحتاج إليها، ولجيرانه فيها ضرر، فإن أمسكها في ملكه، فليس لجيرانه منعه؛ لأنه يتصرف في ملكه، وإن أرسلها في السكة، فلهم منعه، فإن امتنع وإلا رفعوا الأمر إلى القاضي، أو إلى صاحب الحسبة، حتى يمنعه عن ذلك، وكذلك من أمسك دجاجة أو صحنًا أو عجولاً في الرستاق، فهو على هذين الوجهين.

٩٦٦٣ - وفي فتاوى أهل سمرقند: الهرة إذا كانت مؤذية لا تضرب، ولا تعرك أذنها، ولكنها تذبح بالسكين الحاد. وفي فتاوى أهل سمرقند: قتل[1] الجراد يحل؛ لأنه صيد، لا سيما إذا كان فيه ضرر عام.

وتكلم المشايخ رحمهم الله تعالى في قتل النمل، قال الصدر الشهيد: والمختار للفتوى أنها إذا ابتدأت بالأذى فلا بأس بقتلها، وإن لم يبتدئ يكره قتلها.

والأصل في ذلك ما روي أن نملة قرصت نبيًا من الأنبياء، فأحرق بيت النمل، فأوحى الله تعالى: هلا نملة واحدة؟ أي هلا قتلت تلك النملة الواحدة؟ فيه دليل على جواز قتلها عند الأذى، وعلى عدم الجواز عند انعدام الأذى. واتفقوا على أنه لا يجوز إلقاؤها في الماء.

٩٦٧٤ - قتل القملة يجوز على كل حال، وفي فتاوى أهل سمرقند: إحراق القملة

(١) هذه العبارة وردت في النسخ التي في أيدينا جميعًا.

الفصل الرابع والعشرون
في تسمية الأولاد وكناهم

٩٦٧٦- روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «سموا أولادكم أسماء الأنبياء، وأحب الأسماء إلى الله تعالى عبد الله وعبد الرحمن»(١). قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: لا أحب للعجم أن يسموا عبد الرحمن وعبد الرحيم؛ لأن العجم لا يعرفون تفسيره، ويسمونه بالتصغير.

وروي عن النبي ﷺ: «أنه نهى أن يسموا المماليك نافعًا أو بركة أو ما أشبه ذلك»، قال الراوي: لأنه لم يحب أن يقال: ليس هنا بركة ليس هنا نافع إذا طلبه إنسان، وفي الأثر لا يقول الرجل: عبدي أو أمتي، ولكن يقول: فتاي.

٩٦٧٧- وفي الفتاوى: التسمية باسم لم يذكره الله تعالى في عباده، ولا ذكره رسول الله ﷺ، ولا استعمله المسلمون، تكلموا فيه، والأولى أن لا يفعل. وروي: «إذا ولد لأحدكم ولد فمات فلا يدفنه حتى يسميه إن كان ذكرًا باسم الذكر وإن كان أنثى باسم الأنثى وإن لم يعرف فباسم يصلح لهما».

٩٦٧٨- وأما الكلام في التكنية فكان عادة العرب أنه إذا ولد لأحدهم أول الولد كان يكنى به، وامرأته تكنى به أيضًا، يقال للزوج: أبو فلان، ولامرأته أم فلان، كما قيل: أبو سلمة وامرأته أم سلمة، وأبو الدرداء وامرأته أم الدرداء، وأبو ذر وامرأته أم ذر. وكان الرجل لا يكنى ما لم يولد له، ولو كنى ابنه الصغير بأبي بكر وغيره، كره بعضهم؛ إذ ليس لهذا ابن اسمه بكر، ليكون هو أبا بكر، وعامتهم على أنه لا يكره لأن الناس يريدون بهذا التفاؤل أنه سيصير أبا في ثاني الحال لا التحقيق في الحال.

٩٦٧٩- ولا بأس أن يكنى بكنية رسول الله ﷺ، والذي روي عن رسول الله ﷺ أنه

---

(١) أخرجه ابن أبي حاتم في العلل (٢٤٥١)، وذكره الديلمي في الفردوس بمأثور الخطاب (٨٢٠) الجملة الثانية «أحب الأسماء إلى الله...» وذكره ابن حجر في فتح الباري ١٠/٥٧٠، وأحاله إلى مسلم. والعجلوني في كشف الخفاء ١/٦٢، ونسبه إلى مسلم وأبي داود والترمذي من حديث ابن عمر.

الفصل الخامس والعشرون
في الغيبة والحسد

٩٦٨٠- ذكر في "العيون": رجل اغتاب أهل قرية لم تكن غيبة حتى يسمي قومًا معروفين. وفي "فتاوى أهل سمرقند": رجل ذكر مساوي أخيه المسلم على وجه الاهتمام، فلا بأس به؛ لأن هذا ليس بغيبة، الغيبة أن يذكر ذلك مريد السب والنقص. ولو كان الرجل يصلي ويضر بالناس باليد واللسان لا غيبة في ذكره بما فيه؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «اذكروا الفاسق بما فيه»[1]، وإن أعلم السلطان ليزجره، فلا إثم فيه.

روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنه: أنه قال: «لا حسد إلا في اثنين رجل آتاه الله تعالى مالًا فهو ينفقه في طاعة الله ورجل آتاه الله تعالى علمًا فهو يعلمه الناس ويقضي به»[2] الحديث بظاهره دليل على إباحة الحسد في هذين، لأنه استثنى من التحريم، والاستثناء من التحريم إباحة.

قال شيخ الإسلام رحمه الله تعالى: وليس الأمر كما يقتضيه ظاهر الحديث، والحسد حرام في هذين، كما هو حرام في غيرهما، وإنما معنى الحديث لا ينبغي للإنسان أن يحسد غيره، ولو حسد فإنما يحسد في هذين، لا لكون الحسد فيهما مباحًا بل لمعنى آخر، أن الإنسان إنما يحسد غيره[3] لنعمة يراها عليه فيتمناها[4] لنفسه، وما عدا هذين من أمور الدنيا ليس بنعمة، لأن مآل ذلك سخط الله تعالى، والنعمة ما يكون مآله رضا الله تعالى، وهذان مآلهما رضا الله تعالى فهما النعمة دون ما سواهما.

---

(١) ذكره ابن حجر في "سبل السلام" ٤/ ١٨٨، ثم قال: وهو حديث ضعيف، وأنكره أحمد، وقال البيهقي: ليس بشيء.

(٢) أخرجه البخاري في "صحيحه" (٧٣ و١٣٤٣ و٤٧٣٧ و٦٧٢٢ و٦٨٨٦)، ومسلم في "صحيحه" (٨١٥-٨١٦): باب فضل من يقوم بالقرآن، والترمذي في "سننه" (١٩٣٦): باب ما جاء في الحسد، وابن ماجه في "سننه" (٤٢٠٨-٤٢٠٩)، والنسائي في "سننه الكبرى" (٥٨٤٠): باب فضل العلم، وابن حبان في "صحيحه" (٩٠ و١٢٥): في إباحة الحسد، والبيهقي في "الكبرى" (٧٦١٥): باب وجوب الصدقة.

(٣) ورد في "ف" و"م": إنما يحسد غيره عادة.

(٤) ورد في نسخة "م": يتمنى ذلك.

وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: الحسد المذكور المذموم أن يرى على غيره نعمة، فيتمنى زوال تلك النعمة عن ذلك الغير، وكينونتها لنفسه. أما لو تمناها لنفسه [فذلك لا يسمى حسدًا، بل يسمى غبطة. وكان شيخ الإسلام يقول: لو تمنى تلك النعمة بعينها لنفسه][1]، فهو حرام ومذموم؛ لأنه تمنى الزوال عن ذلك الغير. والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَتَمَنَّوْا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضَكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ﴾[2] أما إذا تمنى مثل ذلك لنفسه فلا بأس به.

٩٦٨١- وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى أنه قال: معنى الحديث أن الحسد مذموم يضر الحاسد إلا فيما استثنى فهو محمود في ذلك، فإنه ليس بحسد على الحقيقة، بل هو غبطة، والحسد أن يتمنى الحاسد أن تذهب نعمة المحسود عنه ويتكلف لذلك، ويعتقد أن تلك النعمة في غير موضعها، ومعنى الغبطة أن يتمنى لنفسه مثل ذلك من غير أن يتكلف ويتمنى ذهاب ذلك عينًا. أورد محمد رحمه الله تعالى هذا الحديث في أدب القاضي - والله سبحانه وتعالى أعلم -.

---

(١) هذه العبارة وردت في النسخ التي عندنا كلها.

(٢) سورة النساء: الآية ٣٢.

الفصل السادس والعشرون
في دخول النساء الحمام وركوبهن على السرج

٩٦٨٢- ذكر محمد رحمه الله تعالى في «السير الكبير» عن عمر بن عبد العزيز رحمه الله تعالى أنه كتب: أن لا تدخل الحمام امرأة إلا نفساء أو مريضة، ولا تركب امرأة مسلمة على سرج. قوله: لا تدخل الحمام امرأة نهي على سبيل العموم، ولكن بصيغة الخبر. وقوله: إلا نفساء أو مريضة استثناء لحالة العذر، ولا خلاف لأحد في إباحة الدخول لهن بهذه الأعذار، أما بعذر المرض فلأن للحمام أثراً في إزالة بعض الأمراض، فكان بسبب التداوي بسائر المداواة، وقد أبيح لها في حال العذر ما هو أشد من هذا، وهو كشف العورة للتداوي، وأما بعذر النفاس فلأنه نوع مرض، وقاس بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى الحيض بالنفاس من حيث إنه مرض كالنفاس.

٩٦٨٣- وأما دخولهن الحمام بغير هذه الأعذار فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى في ذلك، بعضهم قالوا: لا يباح، وإليه مال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده، ويستدل هذا القائل بعموم قوله: لا تدخل الحمام امرأة، ويستدل أيضاً بامتناع محمد رحمه الله تعالى عن رد هذا الحديث عما ذكره، فإنه لم يقل: ولا نأخذ به، فدل على أن ذلك قوله.

ويؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: «أيما امرأة وضعت جلبابها في غير بيت الزوج فعليها لعنة الله والملائكة والناس أجمعين»، ولما دخلت نساء حمص على عائشة رضي الله تعالى عنها قالت: أنتن اللاتي تدخلن الحمام، فقلن: نعم، فأمرت بإخراجهن، وغسلت موضع جلوسهن.

٩٦٨٤- وبعضهم قالوا: يباح إذا خرجت بإذن زوجها متقنعة. واتزرت حين دخلت الحمام، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى. وهذا لأن دخول الحمام إما لأجل الزينة وهو بالنساء أليق منه بالرجال، أو للحاجة إلى الاغتسال، وحاجة المرأة إلى الحمام لذلك أشد من حاجة الرجال؛ لأن أسباب الاغتسال في حقهن أكثر، وهي لا تتمكن من الاغتسال في الحياض والأنهار والرجل يتمكن من ذلك، فالإباحة في حق الرجل يدل على الإباحة في حق المرأة من طريق الأولى. وتأويل ذلك الحديث في التي تخرج بغير إذن الزوج أو تخرج غير متقنعة.

٩٦٨٥ - وقوله: ولا تركب امرأة مسلمة على سرج بظاهره نهى النساء عن الركوب على السرج، ونحن نقول: إنه خرج موافقًا لقوله عليه الصلاة والسلام: «لعن الله الفروج على السروج»[1]، والمعنى في النهي من وجهين: أحدهما: أن هذا تشبه بالرجال، وقد نهينا عن ذلك. والثاني: أن فيه إعلاء النفس وإظهاره للرجال وقد أمرت بالستر. قالوا: وهذا إذا كانت شابة، وقد ركبت للتبرج والتفرج، وأما إذا كانت عجوزًا، أو كانت شابة، وقد ركبت مع زوجها لعذر بأن ركبت للجهاد، وقد وقعت الحاجة إليهن للجهاد، أو للحج، أو للعمرة، فلا بأس إذا كانت مستترة، فقد صح أن نساء المهاجرين كن يركبن الأفراس، ويخرجن للجهاد، وكان رسول الله ﷺ يراهن ولا ينهاهن، وكذلك بنات خالد ابن الوليد كن يركبن ويخرجن للجهاد، ويسقين للمجاهدين في الصفوف، ويداوين الجرحى - والله أعلم -.

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٢٨، ثم قال: غريب جداً.

الفصل السابع والعشرون
في البيع والاستيام على سوم الغير

٩٦٨٦- ذكر محمد رحمه الله تعالى في "الجامع الصغير": أن بيع السرقين جائز عندنا؛ لأن السرقين منتفع به وإن كان نجساً، فيجوز بيعه كالثوب النجس. بيان الانتفاع أن الناس اعتادوا إلقاء السرقين في الأراضي لاستكثار الريع من غير نكير منكر، وإذا ثبت أنه منتفع به كان مالاً عرفاً وشرعاً، ولأجل ذلك الناس يحرزونه ويجري فيه الشح والضن، وإذا ثبت المالية جاز البيع.

٩٦٨٧- ويكره بيع العذرة الخالصة؛ لأنها غير منتفع بها؛ لأن الناس لا يحرزونها، ولا ينتفعون بها، وإنما ينتفعون بالمخلوط بالتراب، فالمخلوط بالتراب منتفع به فيجوز البيع، أما غير المخلوط فليس بمنتفع به، فلا يجوز البيع. وهل يجوز استعمال العذرة الخالصة؟ فعن محمد رحمه الله تعالى لا يجوز، وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيه روايتان.

قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع الصغير" أيضاً: ولا بأس ببيع من يزيد، وهو بيع الفقراء ومن كسدت بضاعته، والأصل فيه ما روي عن النبي ﷺ: "باع قعباً وحلساً ببيع من يزيد"، ولأن الناس يعاملون ببيع المزايدة في الأسواق من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير منكر. وإنما أورد هذه المسألة لإشكال وهو الاستيام على سوم الغير منهي عنه، قال عليه الصلاة والسلام: "لا يستام الرجل على سوم أخيه"، فظن بعض الناس أن بيع المزايدة استيام على سوم الغير، وليس كذلك، وإنما الاستيام على سوم الغير أن يشتري بعد ما ركن قلب ذلك الغير إلى السلعة، وظهرت الرغبة، واتفق على مقدار.

٩٦٨٨- وإذا أردت أن تعرف الفرق بين الاستيام على سوم الغير وبين بيع المزايدة، فمعرفة ذلك بحرف، وهو أن صاحب المال إذا كان ينادي بسلعته، فطلبه إنسان بثمن، فإن لم يكن عن النداء، فلا بأس لغيره أن يزيد، ويكون هذا بيع المزايدة، ولا يكون هذا استياماً على سوم الغير، وإن كف عن النداء، وركن إلى ما طلب منه ذلك الرجل، فليس للغير أن يزيد في ذلك، ويكون هذا استياماً على سوم أخيه. وإن كان الدلال هو الذي ينادي على السلعة وطلبه إنسان بثمن، فقال الدلال: حتى أسأل المالك، فلا بأس للغير أن يزيد في هذه الحالة، فإذا أخبر مالكه بذلك، فقال: بعه بذلك وقبض الثمن، فليس للغير أن يزيد بعد ذلك، ويكون هذا

تسبباً على سوم الصبي؛ وهذا لأن النهي عن الاستيام على سوم الغير لدفع الوحشة، والوحشة إنما تحصل إذا ركن قلب صاحب السلعة إلى ما طلب منه، وعزم على دفعها إليه، أما قبل ذلك فلا.

والدليل على صحة ما قلنا ما روي في حديث فاطمة بنت قيس: أنها قالت لرسول الله ﷺ: إن معاوية وأبا الجهم يخطبانني، فما ترى؟ فقال عليه الصلاة والسلام: أما معاوية فصعلوك لا مال له، وأما أبو جهم فلا يرفع عصاه عن عاتقه، انكحي أسامة بن زيد، قالت: فنكحته، فوجدت منه خيراً كثيراً. فثبت بهذا الحديث صحة ما ذهبنا إليه من الفرق.

٩٦٨٩- وفي ودعة العيون: رجل اشترى جارية وهي لغير البائع [أو اشترى ثوباً وهو لغير البائع](١)، فوطئ المشتري الجارية، ولبس الثوب، وهو لا يعلم، ثم علم فهل على المشتري إثم؟ روي عن محمد رحمه الله تعالى: أن الجماع واللبس حرام، إلا أنه يوضع عن المشتري الإثم. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: الوطء حلال، وهو مأجور في إتيان الجارية.

وإذا تزوج امرأة ثم تبين أنها كانت منكوحة الغير، وقد وطئها الزوج الثاني، يجب أن تكون المسألة على الخلاف الذي ذكرنا - والله تعالى أعلم.

---

(١) هذه العبارة وردت في النسخ التي توجد عندنا.

الفصل الثامن والعشرون
في الرجل يخرج إلى السفر ويمنعه[1] الوالدان والعبد يخرج ويمنعه المولى، والمرأة تخرج ويمنعها الزوج

٩٦٩٠ - قال محمد رحمه الله تعالى في السير: ولا يخرج الرجل إلى الجهاد، وله أب أو أم إلا بإذنه، إلا في النفير العام. والأصل في ذلك ما روي عن رسول الله ﷺ أنه سئل عن أفضل الأعمال، فقال: «الصلاة لوقتها ثم بر الوالدين ثم الجهاد في سبيل الله»[2]، فهذا تنصيص على تقديم بر الوالدين على الجهاد، والمعنى أن الجهاد فرض عام، ينوب البعض، وطاعة الوالدين وبرهما فرض خاص لا ينوب البعض فيه عن البعض، ولا شك أن الاشتغال بالفرض الخاص الذي لا ينوب عنه غيره فيه أولى من الاشتغال بالفرض العام الذي ينوب عنه فيه غيره، وهذا استحسان، والقياس أن يخرج بغير إذنهما.

٩٦٩١ - ولو أراد أن يخرج من بلدة إلى بلدة للتجارة أو للتفقه، وكان الطريق آمنًا لا يخاف عليه الهلاك، فله أن يخرج من غير إذنهما قياسًا واستحسانًا، وجه القياس أن الجهاد قبل النفير العام إما أن يعتبر فرض كفاية، أو يعتبر تطوعًا، فإن اعتبرناه تطوعًا، فللولد إقامة التطوعات نحو الصلاة والصوم بغير إذن الوالدين، وإن اعتبرناه فرض كفاية فكذا للولد إقامة ما هو فرض كفاية من غير إذن الوالدين، كصلاة الجنازة، ورد السلام، وما أشبه ذلك.

وجه الاستحسان في ذلك ما روينا وما روي: «أن رجلا قال لرسول الله ﷺ: إني أريد الجهاد، فقال له: ألك أم؟ فقال: نعم، فقال: الزم أمك، فإن الجنة عند رجل أمك»[3]. وروي: «أن رجلا جاء إلى رسول الله ﷺ، وقال: جئت أجاهد معك، وتركت والدي يبكيان،

(١) ورد في نسخة ف: ويمنعه أبواه، أو أحدهما، أو غيرهما من الأقرباء، أو يمنعه الوالدان.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٧٠٩٦): باب وسمى النبي ﷺ الصلاة عملا، ومسلم في صحيحه (٨٥): باب كون الإيمان بالله تعالى أفضل الأعمال، وابن أبي شيبة في مصنفه (٣٢٢٩٠)، والمسند المستخرج على صحيح مسلم (٢٥٢).

(٣) أخرجه البخاري في تاريخه (١/ ١٢٦)، وذكر بعضه الهيثمي في مجمع الزوائد (٨/ ١٣٨)، وذكره المزي في تهذيب الكمال (٢٨/ ١٦٣) بألفاظ متقاربة منها.

حقيقة ولا عادة، فلا يضطر الولد في هذه الحالة إلى تضجيعهما، وإدخال المشقة عليهما، وقد منع الولد من تضجيع الأبوين، ولهذا لا يقاد [الوالد بقتل الولد] (١)، ولا يحبس بدينه، ولا يحد حد القذف بقذف الابن لما فيه من تضجيعهما وإدخال المشقة عليهما، فلا يجوز تضجيعهما بالخروج إلى الجهاد من غير ضرورة. وإذا خرج للتجارة، أو للتفقه ففيه كلام ستأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى.

٩٦٩٢- وهكذا الجواب في العبد لا يخرج إلى الجهاد بغير إذن المولى، إلا أن يقع النفير عامًا، والنص الوارد في الوالد يكون واردًا في العبد دلالة، وذلك لأن حق السيد في عبده أكثر من حق الوالدين في ولدهما؛ لأن للسيد حقيقة ملك في عبده، وليس للوالدين حقيقة ملك في رقبة ولدهما ولا في ماله، وإنما لهما حق ملك في كسب ولدهما، وكما منع الولد من تضجيع والديه منع العبد من تضجيع مولاه، حتى لا يقاد السيد بعبده، كما لا يقاد الوالد بولده، فصار الجواب في العبد كالجواب فيما بين الولد والوالدين.

فإن قيل: الولد إنما كان له الخروج بغير إذن والديه إذا جاء النفير عامًا؛ لأن منافع الولد غير مملوكة للوالدين، وأما منافع العبد مملوكة للمولى، فهذا إنما يقاتل بملك غيره، فلا يحل إلا بإذن صاحب المال.

قلنا: نعم، يقاتل العبد بمنافع مملوكة للمولى بغير إذنه إلا أن القتال بملك الغير بغير إذنه حال الضرورة مباح، فيباح للعبد ذلك بغير إذن المولى.

٩٦٩٣- وإن كان له أبوان، وقد أذنا له بالخروج إلى الجهاد، كان له الخروج؛ لأنه إنما منع من الخروج لحقهما، فإذا أذنا له بالخروج إلى الجهاد، فقد زال المانع من الخروج فزال المنع، وكان كالعبد لا يخرج إلى الجهاد بغير إذن مولاه، وإذا أذن له مولاه بالخروج، كان له الخروج؛ لأن المانع من الخروج قد زال، فكذلك هذا.

٩٦٩٤- وإن أذن له أحدهما، ولم يأذن له الآخر فإنه لا يخرج؛ لأنه كان ممنوعًا من الخروج لحق كل واحد من الأبوين، فإذا أذن له أحدهما في الخروج إلى الجهاد، ولم يأذن له الآخر فالمانع من الخروج لم يزل بعد، فبقي المنع، وكان كعبد بين شريكين أذن له أحدهما في الخروج إلى الجهاد ولم يأذن له المولى الآخر، لا يباح له الخروج؛ لأنه كان ممنوعًا عن الخروج لحق كل واحد من المولين، فإذا أذن له أحدهما ولم يأذن له الآخر لم يزل المانع، فبقي المنع.

٩٦٩٥- ولو كان الوالدان في سعة من أن لا يأذنا له إذا كان يدخلهما من ذلك مشقة شديدة؛

---

(١) هكذا ورد في نسخة [illegible]، وفي الأصل وبعض [illegible] الوالد بالولد.

تشفقهما، صيانة لهما عن الضياع. والقتال مع الكفرة فرض بالنفير العام فيما يسعه تركه. فإنه مخير في هذه الحالة بين أن يخرج، وبين أن لا يخرج. ولا شك أن الاشتغال بما لا يسعه تركه أولى من الاشتغال بما يسعه تركه.

٩٦٩٨- ولم يذكر محمد رحمه الله تعالى في الكتاب أنه إذا تحرى ولم يقع تحريه على شيء، بل شك في ذلك، ولم يترجح أحد الظنين على الآخر أنهما كرها خروجه لما يلحقهما من الضجيع والمشقة لأجل ما يخافان عليه من قتله، أو كرها خروجه لما في من القتال مع أهل دينهما. قالوا: وعلى قياس ما ذكر محمد رحمه الله تعالى في السير في باب طاعة الوالي يجب أن لا يخرج، فقد ذكر في باب طاعة الوالي أن الأمير إذا أمر الجند بشيء، وشكوا أنهم ينتفعون به أو يتضررون به وتساوى الظنان فإن عليهم أن يطيعوا الأمير ولا يسعهم خلافه، لأن طاعة الأمير واجب عليهم بيقين ووقع الشك في سقوطه فلا يسقط بالشك وكذا طاعة الوالدين فيما يأمرانه واجبة عليه بيقين ووقع الشك في سقوطه فلا يسقط عنه بالشك. فإن كرها خروجه لكراهة قتاله مع أهل دينه، أو لأجل المشقة عليه أيضا لم يخرج لوجود المعنى المانع عن الخروج هو الخوف والمشقة عليه.

٩٦٩٩- وإن كان له أبوان مسلمان، أو كافران. فأذنا له في الخروج وله جدان وجدتان يكرها خروجه فليخرج، ولا يلتفت إلى كراهة الجدين والجدتين حال قيام الوالدين، لأن الأجداد والجدات حال بقاء الأبوين التحقوا صرفا بالإخوة والأخوات ولم يلحقوا بالأبوين، ألا ترى أن الجد لا يلي على حفدته، لا في النفس، ولا في المال حال قيام الأب، ولا يكون للجدة حق الحضانة حال قيام الأم، كما لا يكون للأخت، فقد ألحق بالأخ والأخت حال قيام الأبوين، ثم لا يعتبر كراهة الإخوة والأخوات في الخروج إلى الجهاد، بعد وجود الإذن من الأبوين لا يعتبر كراهة الجد والجدة حال قيام الأبوين بعد وجود الإذن من جميعهما.

٩٧٠٠- وأما إذا كان الأبوان ميتين، وكان له جد من قبل الأب أب الأب، وجدة من قبل الأم أم الأم لم يخرج بإذنهما، لأن الجد بعد موت الأب بمنزلة الأب لا بمنزلة الأخ، ألا ترى أنه في حق الولاية على حافده قام مقام الأب، فكذا في حق الإذن بالجهاد، والجدة أم الأم بعد موت الأم قامت مقام الأم في الحضانة، فكذا في حق الإذن بالجهاد تقوم مقام الأم، وإذا قاما مقام الأبوين لم يخرج إلا بإذنهما، كما لا يخرج إلا بإذن الأبوين.

٩٧٠١- وإن كان له جدان أحدهما من قبل الأب أب الأب والآخر من قبل الأم أب الأم، وجدتان إحداهما من قبل الأم أم الأم، والأخرى من قبل الأب أم الأب، فالإذن إلى أب

الأب، وإلى أم الأم، ولا عبرة للآخرين لأن الآخرين صارا محجوبين بأب الأب، وبأم الأم في حق الولاية والحضانة، فالتحقا بالأخ والأخت لا بالأبوين، فكذا في حق الإذن يصيران محجوبين بهما، ويلتحقان بالأخ والأخت لا بالأبوين، فيعتبر إذن أب الأب وأم الأم، وكراهتهما لهذا.

٩٧٠٢ - فإن لم يأذن له اللذان ذكرنا وهو الجد من قبل الأب والجدة من قبل الأم وأذن له الآخران قال محمد رحمه الله تعالى في الكتاب: لا يعجبني أن يخرج وكان المقام أحب إلي من الخروج. فلم تثبت الكراهة هنا لحق الجد من قبل الأب والجدة من قبل الأم ولكن جعل المقام أحب من الخروج لحق أم الأب وأب الأم.

٩٧٠٣ - وثمة إذا كان له أبوان وجدتان ولم يأذن له أبواه وأذن له الجدان والجدتان أثبت الكراهة. فقال: لا ينبغي له أن يخرج، ولم فعل هكذا لأن الأبوين أقرب من الجدود والجدات، فلارتفاع درجة الأبوين أثبت الكراهة إذا لم يأذن له في الخروج، ولانحطاط درجة الأجداد والجدات لم تثبت الكراهة إذا لم يأذن له الجد من قبل الأب والجدة من قبل الأم بعد وجود الإذن من الجد من قبل الأم والجدة من قبل الأب. فإن لم يكن له جدة من قبل الأم ولا جد من قبل الأب وكانت له جدة من قبل الأب [أم الأب وجد من قبل الأم][1] أب الأم فإنه لا يخرج [للجهاد][2] إلا بإذنهما.

٩٧٠٤ - وإن أذن له أحدهما ولم يأذن له الآخر، فإنه لا يخرج، فإن أم الأب وجد من قبل الأم أب الأم، فإنه لا يخرج أم الأب وجده من قبل الأم. علل محمد رحمه الله تعالى في الكتاب، وقال: لأنهما بمنزلة الوالدين إذا لم يكن والدان يريد بذلك -والله أعلم- أن أم الأب حال عدم الأم والجدة من قبل الأم تكون بمنزلة الأم وليست بمنزلة الأخت في حق الحضانة حتى كانت أولى بالحضانة حال عدم الأم والجدة من قبل الأم من الأخت، فكذا في حق الإذن في الجهاد تكون بمنزلة الأم، ولم يكن بمنزلة الأخت، ولا يخرج إلى الجهاد بغير إذن الأم، فكذا لا يخرج بغير إذن أم الأب. والجد من قبل الأب إن لم يكن بمنزلة الأب في حق الولاية عليه بالنفس والمال. فهو بمنزلة الأب، لا بمنزلة الأخ في حق الحبس، حتى لا يحبس أب الأم بدين وجب لولد البنت عليه، ولا يقتص بقصاص لولد البنت عليه، ولو قذف ولد البنت، فإنه لا يحد حد القذف. فكان في هذه الأحكام بمنزلة الأب، لا بمنزلة

---

(١) أثبت من "ظ".

(٢) أثبت من "ظ".

للأخت، فكذا في حق الإذن بالجهاد.

٩٧٠٥ - فإن كان له جد من قبل أبيه، وأم، ولم يكن له أب، فإنه لا يخرج إلى الجهاد إلا بإذن الأم وإذن الجد؛ لأن الجد من قبل الأب حال عدم الأب بمنزلة الأب في حق الولاية، حتى كانت الولاية إلى الجد من قبل الأب في حق النفس والمال جميعاً، حال عدم الأب، فلا يخرج إلا بإذنهما، كما لا يخرج إلا بإذن الأبوين، فإن لم يكن أم، وكانت له جدة من قبل الأم، وجدة من قبل أبيه، فأذنت له الجدة التي من قبل الأم، ولم تأذن له الجدة التي من قبل الأب، فلا بأس بأن يخرج؛ لأن الجدة من قبل الأم بمنزلة الأخت في حق الحضانة بالتربية، حتى كانت الحضانة للجدة من قبل الأم، ولم تكن للجدة من قبل الأب، كما لا يكون للأخت. فكذا في حق الإذن بالجهاد. ولو كان له أم وأخت، فأذنت له الأم بالجهاد، ولم تأذن له الأخت بالجهاد، كان له أن يخرج، فكذا هذا.

٩٧٠٦ - وإن كان له أم وجدات، فأذنت له الأم، فلا بأس بأن يخرج؛ لأن الجدات حال قيام الأم بمنزلة الأخوات في حق الحضانة، حتى لم يكن لهن حق الحضانة حال وجود الأم، كما لا يكون للأخوات. فكذا في حق الإذن بالجهاد قامت الجدات مع الأم مقام الأخوات، وكذا إذا كان له أب وأجداد، فأذن له الأب، فلا بأس بأن يخرج.

ثم قال: وذلك لأن الأجداد حال وجود الأب بمنزلة الإخوة، لا يعتبر مع الأب في حق الولاية والميراث، فكذا في حق الإذن - والله سبحانه وتعالى أعلم.

٩٧٠٧ - قال: وكل سفر أراد الرجل أن يسافر غير الجهاد، للتجارة، أو للحج، أو للعمرة، فكره ذلك أبواه، هل له أن يخرج بغير إذنهما؟ فهذا كله على وجهين: إما إن كان لا يخاف الضيعة عليهما، بأن كانا موسرين، ولم تكن نفقتهما عليه [أو كان يخاف عليهما الضيعة، بأن كانا معسرين، وكانت نفقتهما عليه](١)، أو كان السفر سفراً يخاف على الولد الهلاك فيه، كركوب السفينة في البحر، وكاجتياز البادية ماشياً في الحر الشديد، أو كان سفراً لا يخاف على الولد الهلاك فيه، فإن كان يخاف الضيعة عليهما، فإنه لا يخرج بغير إذنهما، سواء كان السفر سفراً يخاف على الولد الهلاك فيه، أو لا يخاف؛ وذلك لأن صيانتهما عن الهلاك بالإنفاق عليهما فرض عليه، حتى يجبر على ذلك، والخروج للتجارة والتكسب مباح، والخروج للعمرة تطوع، وللحج إن كان حجة الإسلام تطوع إذا لم يكن ماله يفي بالزاد والراحلة، وبنفقة من يلزمه نفقته إلى أن يذهب للحج ويجيء، وهنا ماله لا يفي بالكل، حتى

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ص وم ر ف

خوف الضياع عليهما، فلا يفترض عليه الخروج للحج، ويكون بمنزلة حجة التطوع، ولا يجوز الاشتغال بالتطوع والمباح إذا تضمن ترك فرض، فعلى هذا قالوا: لا يباح له الخروج للمتفقة بغير إذن والديه، إذا كان يخاف الضيعة عليهما.

٩٧٠٨ - فأما إذا كان لا يخاف الضيعة عليهما، متى خرج هل له أن يخرج بغير إذنهما؟ إن كان السفر سفراً لا يخاف على الولد الهلاك فيه، كان له أن يخرج بغير إذنهما؛ لأن القياس أن يخرج في الجهاد بغير إذنهما، لقوله تعالى: ﴿اقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾[1]، ولقوله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾[2]، إلا أنا تركنا القياس بالجهاد، والنص الوارد بالجهاد بخلاف القياس، وفيه تفجيعهما، وإلحاق المشقة بهما لأجل ما يخافان الهلاك على ولدهما في الجهاد، لا يعتبر دلالة في سفر لا يخافان الهلاك عليه، فيرد هذا على ما يقتضيه القياس. ولأن الخروج للتجارة خروج للمكتسب، ولا بد للولد من التكسب لإصلاح معيشته، فإنه متى ترك ذلك ربما يحرجه ذلك إلى ما فيه مزلة، وهو السؤال من غيره من الناس أو يلقيه في المهلكة، بأن يوقعه في السرقة، ألا ترى أن له الخروج إلى ضيعة للزراعة، وإلى سوقه للتجارة، وإن لم يأذنا فيه، كذا هذا.

٩٧٠٩ - وإن كان سفراً يخاف عليه الهلاك فإنه لا يخرج إلا بإذنهما؛ لأنه إذا كان سفراً يخاف عليه الهلاك، كان بمنزلة الجهاد، فلا يخرج إلا بإذنهما، فكذا هذا، وكذا الجواب فيما إذا خرج للتفقه إلى بلد آخر، إن كان لا يخاف عليه الهلاك بسبب هذا الخروج كان بمنزلة السفر للتجارة، وإن كان يخاف عليه الهلاك، كان بمنزلة الجهاد.

٩٧١٠ - هذا إذا خرج للتجارة إلى مصر من أمصار المسلمين. فأما إذا خرج للتجارة إلى أرض العدو بأمان، فكرها خروجه، بأن كان أمراً لا يخاف عليه منه، وكان قوماً يوفون بالعهد يعرفون بذلك، وله في ذلك منفعة، فلا بأس بأن يعصيهما؛ لأن أرض الحرب - والحالة هذه من حيث الأمن - بمنزلة أرض الإسلام، فكان الخروج إليه للتجارة، والخروج إلى مصر من أمصار المسلمين سواء.

٩٧١١ - وإن كان يخرج في تجارة إلى أرض العدو مع عسكر من عساكر المسلمين، فكره ذلك أبواه، أو أحدهما، فإن كان ذلك العسكر عظيماً، مثل أهل الصائفة ونحوهم، لا يخاف عليهم من العدو غلبة أكبر الرأي، فلا بأس بأن يخرج؛ لأن الجيش إذا كان عظيماً، فالظاهر

---

(١) سورة التوبة: الآية ٥.

(٢) سورة التوبة: الآية ٢٩.

ذكرنا هذا.

٩٧١٦ - وينبغي للوالدين أن ينهيا الولد عن الخروج في هذه الحالة؛ لأن القتال في هذه الحالة فرض عين، وليس لهما أن ينهيا الولد عما هو فرض عين.

وهذا إذا كان بالولد قوة القتال، أو يحصل بخروجه قوة للمسلمين [فأما إذا لم يكن به قوة القتال، ولا يحصل بخروجه قوة للمسلمين، فإنه لا يخرج إلا بإذنهما؛ لأن الجهاد بعد][1] النفير العام إنما يفترض على القادر، أو على من يحصل بخروجه قوة للمسلمين وإن كان لا يقدر على القتال، ولا يجب على العاجز، لأن العجز مما يسقط الفرائض، وإذا كان لا يفترض عليه حالة العجز، كان الوجوب في حقه بعد مجيء النفير كالوجوب في حق القادر قبل مجيء النفير العام، وقبل مجيء النفير العام كان لا يخرج القادر إلا بإذنهما. فكذلك هذا.

٩٧١٧ - ثم الجهاد بعد النفير العام لا يفترض على جميع أهل الإسلام شرقاً وغرباً فرض عين، وإن بلغهم النفير العام، وإنما يفترض فرض عين على من كان[2] يقرب من العدو، وهم يقدرون على الجهاد، فأما من وراءهم يبعد من العدو، فإنه يفترض عليه فرض كفاية، لا فرض عين، حتى يسعهم تركه، إذا لم يحتج إليهم، فأما إذا احتيج إليهم، بأن عجز من كان يقرب العدو عن المقاومة مع العدو، أو لم يعجزوا[3] إلا أنهم تكاسلوا، ولم يجاهدوا، فإنه يفترض على من يليهم فرض عين، كالصوم والصلاة لا يسعهم تركه، ثم وثم إلى أن يفترض على جميع أهل الإسلام شرقاً وغرباً على هذا الترتيب والتدريج.

ونظيره الصلاة على الميت، فإن من مات في ناحية من نواحي البلدة، فعلى جيرانه وأهل محلته أن يقوموا بأسبابه، وليس على من كان يبعد من الميت أن يقوم بذلك، وإن كان الذي يبعد منه يعلم أن أهل المحلة يضيعون حقوقه، أو يعجزون عنه، فعلى الذي يبعد منه أن يقوموا بحقوقه، كذا هذا.

ثم يستوي أن يكون المستفرض عدلاً أو فاسقاً، يقبل خبره في ذلك؛ لأن هذا خبر مشتهر، ويشتهر بين المسلمين في الحال، وكذا الجواب في منادي السلطان يقبل خبره عدلاً

(١) هذه العبارة وردت في جميع النسخ التي عندنا دون الأصل.

(٢) وفي نسخة م: [illegible] ما يقرب منه العدو.

(٣) وفي نسخة م: ولم يعجزوا عن المقاومة إلا أنهم تكاسلوا.

كان أو فاسقاً.

ثم استشهد في الكتاب لإيضاح ما تقدم، فقال: ألا ترى أن رجلاً لو قطع الطريق على رجل ليأخذ ماله، أو ليقتله، أو أراد امرأة ليفجر بها: وقد حضر ذلك رجل يظن أن به قوة عليه، وأنه ينتصف منه، لم يسعه إلا أن يمنع المظلوم عن يريد ظلمه، وإن كان مع الرجل الذي يريد [ظلمه][1] أن يعينه أبواه، فنهاه عن ذلك، فليس ينبغي له أن يطيعهما، ولا يسعهما أن يمنعاه، إلا أن يكون به قوة عليه، فإن كان كذلك، فليعصهما، وإنما ينبغي طاعة الوالدين في التطوع الذي يسعه تركه، فيقال: برهما أفضل من الجهاد، والتطوع، فإذا جاءت الفريضة، والأمر الذي لا يسع الرجل فيه إلا أن يعين، لم يلتفت في هذا إلى طاعة الوالدين، فكانت طاعة الله تعالى أحق من يؤخذ بها من طاعة الوالدين.

٩٧١٨- ولا تسافر المرأة بغير محرم ثلاثة أيام فما فوقها، واختلفت الروايات فيما دون ذلك، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: أكره لها أن تسافر يوماً بغير محرم، وهكذا روي عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه.

وقال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى: اتفقت الروايات في الثلاث، فأما ما دون الثلاث: قال أبو جعفر: هو أهون من ذلك. وقال حماد رحمه الله تعالى: لا بأس للمرأة أن تسافر بغير محرم مع الصالحين، والصبي، والمعتوه، ليسا بمحرمين، والكبير الذي يعقل محرم -والله تعالى أعلم-

(١) أثبت هذه الكلمة من نسخة ط

الفصل التاسع والعشرون
في القرض مايكره من ذلك، وما لا يكره

٩٧١٩- ذكر محمد رحمه الله تعالى في كتاب الصرف عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: أنه كان يكره كل قرض جر منفعة، قال الكرخي: هذا إذا كانت المنفعة مشروطة في العقد، وذلك بأن أقرضه غلة ليرد عليه صحاحًا، أو ما أشبه ذلك، وإن لم يكن مشروطًا في العقد، فأعطاه المستقرض أجود مما عليه، فلا بأس به.

٩٧٢٠- وكذلك إذا أقرض الرجل رجلا دراهم، أو دنانير ليشتري المستقرض من المقرض متاعًا بثمن غال، فهو مكروه، وإن لم يكن شراء المتاع مشروطًا في القرض ولكن المستقرض اشترى من المقرض بعد القرض متاعًا بثمن غال، فعلى قول الكرخي: لا بأس به، وذكر الخصاف في كتابه، وقال: ما أحب له ذلك، وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى: أنه حرام؛ لأن هذا قرض جر منفعة؛ لأنه يقول: لو لم أشتره منه، طالبني بالقرض في الحال.

٩٧٢١- وذكر محمد رحمه الله تعالى في كتاب الصرف: أن السلف كانوا يكرهون ذلك، إلا أن الخصاف لم يذكر الكراهة، إنما قال: لا أحب له ذلك، فهو قريب من الكراهة، ولكن دون الكراهة، ومحمد رحمه الله تعالى لم ير بذلك بأسا، فإنه قال في كتاب الصرف: المستقرض إذا أهدى للمقرض شيئًا لا بأس به من غير فصل، فهذا دليل على أنه رفض قول السلف رضي الله تعالى عنهم.

٩٧٢٢- قال شيخ الإسلام: ما نقل عن السلف، فذلك محمول على ما إذا كانت المنفعة وهو شراء المتاع في مسألتنا بثمن غال مشروطة في الاستقراض، وذلك مكروه بلا خلاف. وما ذكر محمد رحمه الله تعالى محمول على ما إذا لم يكن المنفعة -وهي الإهداء- مشروطة في القرض، ذلك لا يكره بلا خلاف.

هذا إذا تقدم الإقراض على البيع. فإذا تقدم البيع على الإقراض، وصورة ذلك: رجل طلب من رجل أن يعامله بمائة دينار، فباع المطلوب منه المعاملة من الطالب ثوبًا، قيمته عشرون دينارًا، بأربعين دينارًا، ثم أقرضه ستين دينارًا، حتى صار للمقرض على المستقرض مائة دينار، وحصل للمستقرض ثمانون دينارًا، ذكر الخصاف: أن هذا جائز، وهو مذهب محمد

بن سلمة إمام بلخ ، فإنه روى أنه كان له مبلغ ، فكان إذا استقرض إنسان منه شيئاً كان يبيعه أولاً سلعة بثمن غالٍ ، ثم يقرضه بعد الدنانير إلى تمام حاجته . وكثير من المشايخ رحمهم الله تعالى كانوا يكرهون ذلك ، وكانوا يقولون : هذا قرض جر منفعة ؛ فإنه لولا ذلك القرض كان لا يتحمل المستقرض غلاء ثمن الثوب ، فكان قرضاً جر منفعة .

ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من قال : إن كانا في مجلس واحد ، يكره ، وإن كانا في مجلسين مختلفين ، لا بأس به ؛ لأن المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة ، فكانتا واحداً معنى ، فكانت المنفعة مشروطة في القرض .

وكان الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى يفتي بقول الخصاف ، وبقول محمد بن سلمة ، ويقول : هذا ليس بقرض جر منفعة ، هذا بيع جر منفعة ، وهو القرض .

الفصل الثلاثون
في ملاقاة الملوك، والتواضع لهم
وتقبيل الرجل وجه غيره، وما يتصل بذلك

٩٧٢٣ - قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى: من قبّل الأرض بين يدي سلطان، أو أمير، أو سجد له، فإن كان على وجه التحية، لا يكفر، ولكن يصير آثمًا مرتكبًا للكبيرة أما لا يكفر؛ لأن السجدة على سبيل التحية نفسها ليست بكفر، ألا ترى أن السجدة لغير الله على سبيل التحية كانت مباحة في الابتداء، والكفر لم يبح في زمان ما. والدليل على صحة ما قلت: أن الله تعالى أمر الملائكة بسجدة آدم صلوات الله عليه، ولا يجوز أن يكون الكفر مأمورًا به.

ثم تكلم العلماء رحمهم الله تعالى أن سجدة الملائكة كانت لمن؟ بعضهم قالوا: كانت لله تعالى، ولكن التوجه إلى آدم كان تكريمًا وتشريفًا لآدم. ألا ترى أنه يستقبل الكعبة في الصلاة، والصلاة تكون لله تعالى، والتوجه إلى الكعبة لتشريف الكعبة. كذا هنا.

وقال بعضهم: لا، بل كانت السجدة لآدم على وجه التحية والإكرام، ثم نسخت ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام: «لو أمرت أحدًا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها»(١) [وأما الإثم؛ فلأنها ارتكاب(٢) ما هو محرم، ومنهي عنه، وارتكاب المحرم يوجب الإثم](٣).

والدليل على صحة ما قلنا مسألة ذكرها في واقعات الناطفي، وصورتها: إذا قال أهل الحرب لمسلم: اسجد للملك وإلا قتلناك، فالأفضل له أن لا يسجد؛ لأن هذا كفر صورة، والأفضل للإنسان أن لا يأتي بما هو كفر صورة، وإن كان في حالة الإكراه، وإن أراد أن يسجد

---

(١) أخرجه أبو داود في "سننه" (٢١٤٠): باب في حق الزوج على المرأة، والترمذي في "سننه" (١١٥٩): باب ما جاء في حق الزوج على المرأة، وابن ماجة في "سننه" (١٨٥٣): باب حق الزوج على المرأة، وابن أبي شيبة في "مصنفه" (١٧١٣٤)، ومعمر بن راشد في "جامعه" (٢٠٥٩٦)، والدارمي في "مسنده" (١٤٦٣): باب النهي أن يسجد لأحد، والبيهقي في "الكبرى" (١٤٤٨١): باب ما جاء في عظم حق الزوج على المرأة، وابن أبي أوفى في "مسنده" (٤)، وأحمد في "مسنده" (١٩٤٢٢)، والطبراني في "الكبير" (٥١١٦ و٥٠٩٠ و٥٠٦٠).

(٢) ورد في نسخة "ب" ونسخة "م": ارتكب.

(٣) هذه العبارة أثبتت من جميع النسخ التي عندنا.

بنية التحية، فالأفضل له أن يسجد؛ لأن هذا ليس بكفر. فهذه المسألة تؤيد ما ذكرنا فيمن سجد للسلطان [على وجه التحية أنه لا يكفر، هذا إذا سجد بنية التحية، وإن سجد بنية العبادة للسلطان][1]، أو لم تحضره النية، فقد كفر. [هذا هو الكلام في السجدة، جئنا إلى الانحناء للسلطان، أو لغيره، وإنه مكروه؛ لأنه يشبه فعل المجوس][2].

٩٧٢٤- وأما الكلام في تقبيل اليد: فإن قبل يد نفسه لغيره، فهو مكروه؛ لأن ذلك من فعل الفساق، وإن قبل يد غيره، إن قبل يد عالم، أو سلطان عادل لعلمه وعدله لا بأس به، هكذا ذكر في «فتاوى أهل سمرقند»، وقد صح أن عبد الله ابن عباس رضي الله عنهما أخذ بركاب زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه، فقال زيد: مهلاً يا ابن عم رسول الله! فقال عبد الله: هكذا كنا نصنع[3] بعلمائنا أكابر أصحاب رسول الله ﷺ، فلما استوى زيد بن ثابت على بغلته قال لابن عباس: ناولني يدك، فناوله، فقبل زيد يده، وقال: كنا نصنع هكذا بأهل بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم. فهذا يدلك على أنه لا بأس بتقبيل يد غيره لعلمه، أو لشرفه.

وقد حكي عن سفيان رضي الله تعالى عنه: أنه سمى تقبيل يد العالم، أو السلطان العادل سنة، فقال له عبد الله بن المبارك: ومن يحسن هذا غيرك، وإن قبل يد غير العالم، وغير السلطان العادل سنة، فقال له عبد الله بن المبارك: ومن يحسن هذا غيرك.

٩٧٢٥- وإن قبل يد غير العالم، وغير السلطان العادل، إن أراد به تعظيم المسلم، وإكرامه، فلا بأس به، وإن أراد به عبادة له، أو لينال منه شيئاً من عرض الدنيا، فهو مكروه، وكان الصدر الشهيد رحمه الله تعالى يفتي بالكراهة في هذا الفصل من غير تفصيل، وعن علي الرازي أنه قال: كنا ندخل على المأمون، ونقبل يده، وبشر يقول: هذا فسق.

٩٧٢٦- وأما الكلام في تقبيل الوجه حكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله تعالى أنه قال: لا بأس أن يقبل الرجل وجه الرجل، إذا كان فقيهاً، أو عالماً، أو زاهداً، يريد بذلك إعزاز الدين، فقد صح أن رسول الله ﷺ قبل بين عيني عثمان بن مظعون بعد موته، وقبل أبو بكر رضي الله تعالى عنه جبهة رسول الله ﷺ بعد موته.

وقد ذكر في «الجامع الصغير»: ويكره أن يقبل الرجل وجه آخر أو جبهته أو رأسه -والله

---

(١) هذه العبارة أثبتت من النسخ التي توجد عندنا كلها.

(٢) هذه العبارة أثبتت من جميع النسخ التي في أيدينا

(٣) ورد في نسخة "ظ": نفعل مكان نصنع

أعلم-.

٩٧٢٧- رجل [يختلط][1] إلى رجل من أهل الباطل والشر، ليدفع ظلمه وشره عن نفسه، فإن كان هذا الرجل مشهوراً ممن يقتدي به يكره؛ لأنه إذا كان [يختلط][2] إليه يظن أنه يرضى بأمره، فكان فيه مذلة أهل الحق، وإن لم يكن مشهوراً يقتدى به، لا بأس إن شاء الله تعالى؛ لأنه عري عن هذا المعنى.

٩٧٢٨- رجل يدعوه الأمير، فيسأل عن أشياء، فإن تكلم بما لا يوافق الحق، يناله المكروه، لا ينبغي أن يتكلم، بخلاف الحق؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «من تكلم عند ظالم بما يرضيه يغير حتى يغير الله تعالى قلب ذلك الظالم عليه»، ويسلط عليه. وهذا إذا لم يخف القتل، أو تلف بعض جسده، أو أخذه ماله، فإن خاف ذلك، لا بأس بذلك؛ لأنه مكره عليه معنًى -والله سبحانه تعالى أعلم-.

---

(١) هكذا ورد في نسخة "ف"، وورد في الأصل ونسختي "ط" و"م": يختلف.

(٢) هكذا ورد في نسخة "ف"، وورد في الأصل و"ط" و"م": يختلف.

الفصل الحادي والثلاثون
في الانتفاع بالأشياء المشتركة

٩٧٢٩- ذكر في وديعة العيون وفي الواقعات: الأرض أو الكرم إذا كان بين حاضر وغائب، أو بين بالغ ويتيم، فإن الحاضر أو البالغ يرفع الأمر إلى القاضي، ولو لم يرفع ففي الأرض يزرع بحصته، ويطيب له، وفي الكرم يقوم عليه، فإذا أدركت الثمرة يبيعها، ويأخذ حصته، ويوقف حصة الغائب، ويسعه ذلك إن شاء الله تعالى، فإذا قدم الغائب، فإن شاء ضمن القيمة، وإن شاء أجازه. وذكر عن محمد رحمه الله تعالى في موضع آخر: لو أن الشريك أخذ حصته من الثمرة، وأكلها جاز له، ويبيع نصيب الغائب، ويحفظ ثمنها، فإن حضر صاحبه، وأجاز فعله يعطيه، وإلا ضمنه القيمة.

وإن لم يحضر، فهو كاللقطة، يتصدق بها، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: وهذا استحسان، وبه نأخذ، ولو أدى الخراج كان متطوعًا.

٩٧٣٠- وذكر محمد رحمه الله تعالى في شروط الأصل في الدار إذا كانت مشتركة، وأحد الشريكين غائب، فأراد الحاضر أن يسكنها إنسانًا، أو يؤاجرها إنسانًا، قال: أما فيما بينه وبين الله تعالى فلا ينبغي له ذلك؛ لأنه يتصرف في نصيبه، ونصيب شريكه، والتصرف في ملك الغير حرام، حقًا لله تعالى، وحقًا لصاحب الملك، وفي القضاء لا يمنع عن ذلك؛ لأن الإنسان لا يمنع عن التصرف فيما في يده، إذا لم ينازعه أحد. فإن آجر وأخذ الأجر، ينظر إلى حصة نصيب شريكه من الأجر، ويرد ذلك عليه إن قدر، وإلا يتصدق؛ لأنه تمكن فيه خبث حق شريكه(١)، وكان كالغاصب إذا آجر، وقبض الأجر يتصدق، أو يرده على المغصوب منه، أما ما يخص نصيبه يطيب له؛ لأنه لا خبث فيه. هذا إذا أسكن غيره، فأما إذا أسكن بنفسه، وشريكه غائب، فالقياس أن لا يكون له ذلك فيما بينه وبين الله تعالى، كما لو أسكن غيره، وفي الاستحسان له ذلك؛ لأن له أن يسكن الدار من غير إذن صاحبه، فإنه يتعذر الاستئذان في كل مرة، على هذا أمر الدور فيما بين الناس، فكان له أن يسكن حال غيبته، فأما ليس له إسكان غيره حال حضرة صاحبه بغير إذنه، فكذا حال غيبته. وإلى هذا المعنى أشار محمد رحمه الله تعالى في الكتاب، فقال: هكذا عامة الدور.

(١) ورد في نسخة م: شريكه

٩٧٣١- وفي «العيون»: لو أن داراً غير مقسومة بين رجلين غاب أحدهما؛ وسع الحاضر أن يسكن بقدر حصته، ويسكن الدار كلها، وكذا خادم بين رجلين غاب أحدهما؛ فللحاضر[1] أن يستخدم الخادم بحصته، وفي الدابة لا يركبها الحاضر؛ لأن الناس يتفاوتون في الركوب، أما لا يتفاوتون في السكنى، واستخدام الخادم، فيتضرر الغائب بركوب الدابة، ولا يتضرر بالاستخدام، والسكنى. في إجارات «النوازل»: عن محمد ابن مقاتل أن للحاضر أن يسكن الدار قدر نصيبه، وعن محمد: أن للحاضر أن يسكن جميع الدار إذا خاف على الدار الخراب إن لم يسكنها.

وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى في الأرض: أنه ليس للحاضر أن يزرع بقدر حصته، وفي الدار له أن يسكن، وفي «نوادر هشام»: أن له ذلك في الوجهين.

٩٧٣٢- وإذا أراد الرجل أن يحدث[2] ظلة في طريق العامة، ولا يضر بالعامة، فالصحيح من مذهب أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن لكل واحد من آحاد المسلمين حق المنع وحق الطرح، وقال محمد رحمه الله تعالى: له حق المنع من الإحداث، وليس له حق الطرح، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: ليس له حق المنع، ولا حق الطرح[3]. وإن كان يضر ذلك بالمسلمين، فلكل واحد من آحاد المسلمين حق الطرح، والرفع.

وإذا أراد إحداث الظلة في سكة غير نافذة لا يعتبر فيه الضرر وعدم الضرر عندنا، بل يعتبر فيه الإذن من الشركاء، وهل يباح إحداث الظلة على طريق العامة؟ ذكر أبو جعفر الطحاوي: أنه يباح ولا يأثم قبل أن يخاصمه أحد، وبعد ما خاصمه أحد لا يباح له الإحداث، ولا يباح الانتفاع، ويأثم بترك الظلة، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: يباح له الانتفاع إذا كان لا يضر ذلك بالعامة.

وفي «المنتقى»: قال: إذا أراد أن يبني كنيفاً، أو ظلة على طريق العامة، فإني أمنعه عن ذلك، وإن بنى ثم اختصموا نظرت في ذلك، فإن كان فيه ضرر أمرته أن يقلع، وإن لم يكن فيه ضرر تركته على حاله.

---

(١) أثبتت هذه العبارة من جميع النسخ التي في متناول أيدينا.

(٢) هكذا ورد في الأصل، وورد في نسخة «ظ»: إحداث مكان أن يحدث.

(٣) ورد في نسخة «م»: حق الرفع.

وقال محمد رحمه الله تعالى: إذا أخرج الكنيف، ولم يدخله في داره، لم يكن فيه ضرر ترك، وإذا أدخله في داره، منع عنه؛ لأنه إذا أدخله في داره، فالبينة على الذي يخاصمه أنه من الطريق.

٩٧٣٣- قال في رجل له ظلة في سكة غير نافذة: فليس لأصحاب السكة أن يهدموها إذا لم يعلم كيف كان أمرها، وإن علم أنه بناها على السكة، هدمت، ولو كانت السكة نافذة، هدمت في الوجهين جميعاً. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إن كان فيه ضرر، أهدمها، وإلا فلا. فالحاصل أن ما كان على طريق العامة إذا لم يعرف حالها، يجعل حديثة، حتى كان للإمام رفعها، وما كان في سكة غير نافذة، إذا لم يعلم حالها، يجعل قديمة، حتى لا يكون لأحد رفعها.

قال شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله تعالى: وتأويل هذا في سكة غير نافذة أن تكون داراً مشتركة بين قوم أو أرضاً مشتركة بينهم، بنوا فيها مساكن وحجرات، ورفعوا بينهم طريقاً، حتى تكون الطريق ملكاً لهم، فأما إذا كانت السكة في الأصل أحيطت بأن بنوا داراً، وتركوا هذا الطريق للمرور فيه، فالجواب فيه كالجواب في طريق العامة؛ لأن هذا الطريق بقي على ملك العامة. ألا ترى أن لهم أن يدخلوا هذه السكة عند الزحام.

وحكي عن الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى: أنه كان يقول في حد السكة الخاصة: أن يكون فيها قوم يحصون، أما إذا كان فيها قوم لا يحصون، فهي سكة عامة، والحكم فيها نظير الحكم في طريق العامة - والله أعلم -.

الفصل الثاني والثلاثون
في المتفرقات

٩٧٣٤- رجل له امرأة لا تصلي، يطلقها حتى لا تصحب امرأة لا تصلي، فإن لم يكن له ما يعطي مهرها، فالأولى أن يطلقها. قال الإمام أبو حفص الكبير -صاحب محمد ابن الحسن-: إن ألقى الله تعالى ومهرها في عنقه أحب إلي من أن يطأ امرأة لا تصلي.

غمز الأعضاء في الحمام من غير ضرورة مكروهة، روي ذلك عن أهل سمرقند. قال الفقيه أبو جعفر: سمعت شيخ الإسلام أبا بكر يقول: لا بأس بأن يغمز الرجل الرجل إلى الساق، ويكره أن يغمز الفخذ، ويمسه من وراء ثوب أو غيره. قال الفقيه أبو جعفر: ونحن نبيح هذا، ولا بأس به.

قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى: هذا، وكان الشيخ أبو بكر يقول: يغمز الرجل رجل والدته، ولا يغمز فخذ والدته.

٩٧٣٥- من أمسك حراما لأجل غيره كالخمر ونحوه، إن أمسكه لمن يعتقد حرمته كالخمر يمسك للمسلم لا يكره، وإن أمسكه لمن يعتقد إباحته كما لو أمسك الخمر للكافر يكره.

٩٧٣٦- سئل مالك بن أنس رضي الله تعالى عنه عن قوم أرادوا الخروج على سلطانهم الجائر، هل يحل لهم ذلك؟ فأجاب وقال: إن كانوا اثنا عشر ألفا كلمتهم واحدة، وسعهم ذلك، وإن كانوا أقل من اثني عشر ألفا، لا يسعهم ذلك، وكان يستدل بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لن يغلب اثنا عشر ألفا عن قلة كلمتهم واحدة»[1] ويقول: إن رسول الله ﷺ أخبر ووعد أن اثني عشر ألفا لا يغلبون إذا كانت كلمتهم واحدة، ووعد النبي عليه الصلاة والسلام حق، وإذا كانوا لا يغلبون بوعد النبي ﷺ، والخروج على السلطان الظالم جائز، لا يكون سعيا إلى إهلاك أنفسهم، فيسعهم ذلك، وإذا كانوا أقل من اثني عشر ألفا، لم يتيقن بغلبتهم، فلو خرجوا، ولم يغلبوا يقصدهم السلطان الجائر بالأذى، فكانوا ساعين في هلاك أنفسهم، فلا يسعهم ذلك.

---

(١) ذكره المباركفوري في تحفة الأحوذي ٥/١٣٩.

٩٧٣٧- سئل الفقيه أبو بكر رحمه الله تعالى عن قراءة القرآن أهو[1] أفضل للمتفقه، أو دراسته للفقه؟ قال: حكي عن الفقيه أبي مطيع أنه قال: النظر في كتب أصحابنا من غير سماع أفضل من قيام ليلة، في آخر «النوازل». وعن أبي عاصم رحمه الله تعالى أنه قال: طلب الأحاديث حرفة المفاليس، يعني به إذا طلب الحديث، ولم يطلب فقهه. وفي «فتاوى أهل سمرقند»: يكره الجلوس في المسجد في المصيبة ثلاثة أيام، وفي غير المسجد جاءت الرخصة ثلاثة أيام للرجال، وتركه أحسن. وفي «النوازل»: لا بأس بأن يتخذ في المسجد بيت يوضع فيه البواري لتعامل الناس.

٩٧٣٨- وفي «ترجمة واقعات الناطفي»: ويكره الوضوء في المسجد، إلا أن يكون فيه موضع اتخذ لذلك، ولا يصلي فيه، وفي «القدوري»: كره أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى الوضوء في المسجد، وقال محمد رحمه الله تعالى: لا بأس به إذا لم يكن عليه قذر.

وفي «النوازل»: ثم إنه جعل يصلي في اليوم مرة واحدة تحية المسجد، ولا يصلي أكثر من ذلك؛ لأن فيه حرج.

٩٧٣٩- وإذا تعلق بثياب المصلي بعض ما يلقى في المسجد من البواري والحشيش، فأخرجه، فليس له أن يرده إلى المسجد إذا لم يتعمد؛ لأن ما في المسجد يطرحه خادم المسجد حتى، فإذا وقع خارج المسجد لا يجب عليه الإعادة إلى المسجد.

٩٧٤٠- رجل مات، فأجلس وارثه على قبره رجلا يقرأ القرآن، تكلموا فيه، بعضهم قالوا: يكره، وبعضهم قالوا: لا يكره، والمسألة في الحقيقة بناء على أن قراءة القرآن في القبور هل يكره؟ والمختار أنه لا يكره، وهل ينفع الميت؟ تكلموا فيه. والأشبه أنه ينفع، لأن الأخبار وردت بقراءة آية الكرسي وسورة الفاتحة وسورة الإخلاص، وغير ذلك، وحكي عن الفقيه أبي بكر القاضي رحمه الله تعالى: أنه أوصى عند موته بذلك.

وفي «نوادر هشام» قال: سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى يقول: رجل اشترى ثوبا بعشرة دراهم، وأرجح له فاتقاه، قال: لا نقبله حتى يقول: أنت في حل، أو هو لك.

٩٧٤١- سئل محمد بن مقاتل رحمه الله تعالى عن رجل سرق من ... وأتى به إلى أرضه وكرمه؟ فأجاب أنه يطيب له ما خرج من [نزله][2].

٩٧٤٢- رجل غصب شعيرا، أو تبنا، وسمن به دابته، فإنه يجب عليه قيمة ما غصب،

---

(١) ورد في نسخة ظ: هي هو.

(٢) ورد في نسخة ف: من منزله.

وما زاد في الدابة يطيب له. ذكر القيمة وقع سهواً، والصحيح أنه عليه مثل ما غصب، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: وقد حكي عن بعض الزاهدين أن الماء وقع في كرمه من غير نوبته، ونحن لا نقول بقطع الكرم؛ لأن فيه إفساد المال، ولكن لو تصدق بتزله كان حسناً، فأمر بقطع كرمه، أما لا يجب عليه التصدق في الحكم.

٩٧٤٣- سئل الفقيه أبو القاسم رحمه الله تعالى، عن رجل زرع أرض رجل بغير إذنه، فلم يعلم صاحب الأرض، حتى استحصد الزرع، فعلم، ورضي به، هل يطيب للزارع؟ قال: نعم، قيل له: فإن قال: لا أرضى، ثم قال: رضيت، هل يطيب له؟ قال: يطيب له أيضاً. قال الفقيه أبو الليث: وهذا استحسان، وبه نأخذ.

٩٧٤٤- اختلف العلماء رحمهم الله تعالى في كراهية تعليق الجرس على الدواب، فمنهم من قال: بكراهيته في الأسفار كلها، الغزو وغيره في ذلك سواء، وهذا[1] القائل يقول: بكراهية ذلك في الحضر، كما يقول: بكراهيته في السفر، ويقول أيضاً: بكراهية اتخاذ الجلاجل في رجل الصغير.

وقال محمد رحمه الله تعالى في «السير الكبير»: إنما يكره اتخاذ الجرس للغزاة في دار الحرب، وهو المذهب عند علمائنا رحمهم الله تعالى؛ لأن [تعليق الجرس على الدواب إنما يكره في دار الحرب؛ لأن][2] العدو يشعر بمكان المسلمين، فإن كان بالمسلمين قلة يتبادرون إليهم، فيقتلونهم، وإن كان بهم كثرة، فالكفار يتحرزون عنهم، ويتحصنون، فعلى هذا قالوا: إذا كان الركب في المفازة في دار الإسلام يخافون من اللصوص، يكره لهم تعليق الجرس [على الدواب أيضاً، حتى لا يشعر اللصوص، فلا يستعدون لقتلهم وأخذ أموالهم، والذي ذكرنا من الجواب في الجرس][3]، فهو الجواب في الجلاجل.

قال محمد رحمه الله تعالى في «السير الكبير»: فأما إذا كان في دار الإسلام فيه منفعة لصاحب الراحلة، فلا بأس به. قال: وفي الجرس منافع جمة، منها إذا ضل واحد من القافلة يلتحق بها بصوت الجرس، ومنها أن صوت الجرس يبعد هوام الليل عن القافلة، كالذئب وغيره، ومنها أن صوت الجرس يزيد نشاط الدواب، فهو نظير الحدو، فإنه يجوز؛ لأنه يزيد

(١) ورد في نسخة «م»: وهذا القائل يقول بكراهية ذلك في الحضر كما يسافر، ويلحق بصوت المزامير، قال محمد رحمه الله في «السير الكبير»... إلخ.

(٢) أثبتت هذه العبارة من نسخة «ظ» ونسخة «م».

(٣) أثبتت هذه العبارة من نسختي «ظ» و«م».

في نشاط الدواب .

٩٧٤٥ - واختلف الناس في ضرب الدف في العرس ، قال بعضهم: لا بأس به ؛ لما روي عن عائشة رضي الله تعالى عنها، أن رسول الله ﷺ قال: «أعلنوا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف»[1] .

وقال محمد بن سيرين: سمعت عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه كان إذا سمع صوتا أنكره ، سأل عنه ، فإن قالوا: عرس أو ختان ، أقره .

وقال بعضهم: يكره ، لقوله عليه الصلاة والسلام: «كل لهو المؤمن باطل إلا ثلاث: تأديبه فرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله» .

٩٧٤٦ - قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: الدف الذي يضرب به في زماننا هذا مع الصنجات والجلاجلات ، ينبغي أن يكون مكروها بالاتفاق ، وإنما الخلاف في الذي كان يضرب في الزمن المتقدم .

٩٧٤٧ - قال محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير: مسلم باع خمرا ، وأخذ ثمنه ، وعلى بائع الخمر دين لرجل كره لصاحب الدين أن يقتضي دينه من ذلك ، وإن كان البائع نصرانيا فلا بأس به ، والوجه في ذلك أن الخمر ليس بمتقوم في حق المسلم ، فلم يجز بيعه ، ولم يملك ثمنها ، لا بالعقد ولا بالقبض ، بل بقي الثمن على ملك مشتري الخمر ، فإذا أخذ صاحب الدين ذلك ، فقد أخذ ملك المشتري بغير إذنه ، فلا يجوز ، فأما الخمر المتقوم في حق الذمي فجاز بيعه ، وملك ثمنها ، فلو أخذ صاحب الدين ذلك ، فقد أخذ ملك البائع بإذنه ، فيجوز .

٩٧٤٨ - ولا ينبغي أن يتصدق على السائل في المسجد الجامع ؛ لأن هذا إعانة لهم على أذى الناس ، وقد قال خلف بن أيوب رحمه الله تعالى: لو كنت قاضيا ، لم أقبل شهادة من يتصدق في المسجد الجامع ، قال الفقيه أبو بكر بن إسماعيل الزاهد رحمه الله تعالى: هذا فلس يحتاج إلى سبعين فلساً ليصير كفارة له .

٩٧٤٩ - الصبرة إذا أصاب طرفاً منه نجاسة ، ولا يعلم ذلك بعينه ، فعزل منها قفيزا أو قفيزين ، فغسل ذلك ، أو أزال ذلك عن ملكه ببيع أو هبة ، يحكم بطهارة ما بقي من الصبرة ، لجواز أن المعزول[2] هو الذي أصابه النجاسة ، فلا يتيقن بنجاسة ما بقي ، وقد عرفناه مساج

(١) مضى تخريج هذا الحديث ، وقد أخرجه الترمذي في سننه (١٠٨٩) ، وابن ماجة في سننه (١٨٩٥): باب إعلان النكاح كما مضى .

(٢) وردت في "ط": لجواز أن المعزول هو الذي أصابته النجاسة .

التناول، فلا تثبت الحرمة بالشك.

ولا رواية عن أصحابنا في هذه المسألة، ومشايخنا رحمهم الله تعالى استخرجوها من مسألة في السير، وصورتها: لو أن رجلا من أهل الذمة دخل حصنا من حصون أهل الحرب، قد حاصره المسلمون، ثم إن المسلمين فتحوا الحصن، وأخذوا الرجال، وعلموا يقينا أن الذمي فيهم، إلا أنهم لم يعرفوه بعينه، وكل واحد منهم يدعي أنه الذمي، فإنه لا يحل للمسلمين قتلهم، ولو قتل واحد من أهل الحصن بعد ما مات واحد منهم، فإنه يحل للمسلمين قتلهم؛ لأنه بعد ما دخل فيه الذمي أو مات أو خرج واحد منهم، أو قتل، أو خرج واحد من الحصن، لم يتيقن أن فيهم من هو محرم القتل، لجواز أن محرم القتل من قتل، أو مات، أو خرج، وقد عرفناهم مباح القتل في الأصل، فلا تثبت الحرمة بالشك.

٩٧٥٠- صبي سمع الأحاديث، وهو لا يفهم، ثم كبر، جاز له أن يروي من المحدث، وإذا قرئ صك على صبي، وهو لا يفهم، ثم كبر، لا يجوز له أن يشهد بما فيه. ألا ترى أن البالغ إذا قرئ عليه صك، وهو لا يفهم ما فيه، لا يجوز له أن يشهد بما فيه، ولو سمع الأحاديث، ولم يفهم[1] معناه جاز له أن يرويه.

تعلم علم الكلام والنظر فيه، وراء قدر الحاجة منهي، وتعلم علم النجوم قدر ما يعرف القبلة، ومواقيت الصلاة، لا بأس به، وما عدا ذلك، فهو حرام.

٩٧٥١- التمويه في المناظرة، والحيلة فيها هل يحل؟ إن كان يتكلمه متعلم مسترشد، أو غيره على الإنصاف بلا تعنت، لا يحل، وإن كان يكلمه من يريد التعنت، ويريد أن يطرحه، يحل، بل يحتال كل الحيلة لدفعه عن نفسه؛ لأن دفع المتعنت مشروع بأي طريق يمكن الدفع.

قال هشام في "نوادره": رأيت على أبي يوسف رحمه الله تعالى نعلين مخصوفتين بمسامير الحديد، فقلت: أترى بهذا الحديد بأسا؟ فقال: لا، فقلت: إن سفيان، وثور بن يزيد يكرهان ذلك؛ لأنه تشبه بالرهبان، فقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: كان رسول الله ﷺ يلبس النعال التي لها شعر، وإنها من لباس الرهبان. فقد أشار إلى أن صورة المشابهة فيما يتعلق به صلاح العباد لا يضر، وقد تعلق بهذا النوع من الأحكام صلاح العباد، فإن من الأراضي ما لا يمكن قطع المسافة البعيدة فيها إلا بهذا النوع من الأحكام.

٩٧٥٢- قال في "الجامع الصغير": وتكره هذه الخرقة التي تحمل، ويمسح بها العرق، وهكذا ذكر في "القدوري"، من أصحابنا رحمهم الله تعالى من قال: الكراهة في الخرقة التي لها

---

(١) ورد في نسخة "م": وهو لا يفهم معناه.

تمسحه، أما إذا كانت شيئاً لا قيمة له لا يكره؛ لأن إعداد ما له قيمة لإزالة العرق فيه تضييع للمال، ومنهم من قال بالكراهة على كل حال، وإطلاق لفظ الكتاب يدل عليه، وإنما كره؛ لأنها بدعة محدثة، لم يفعلها النبي عليه الصلاة والسلام، ولا الصحابة، ولا التابعون، وإنما كانوا يمسحون العرق بأطراف أرديتهم؛ ولأن فيه ضرباً من التكبر، وتشبه بزي الأعاجم، وكذلك الخرقة التي يتمخط بها مكروهة، والخرقة التي يمسح بها الوضوء محدثة، ومنهم من أطلق في ذلك، لتوارث المسلمين ذلك.

والصحيح أن من فعل شيئاً من ذلك تكبراً، فهو مكروه، وبدعة، ومن فعل ذلك لحاجة لا يكره، وهو نظير التربع في الجلوس والاتكاء، قد يفعله الرجل نخوة وتكبراً، فيكره، وقد يفعله الرجل لحاجة، فلا يكره.

٩٧٥٣- ويحكى عن الحاكم الإمام رحمه الله تعالى: أنه كان يكره استعمال الكاغد في الوليمة، ليمسح بها الأصابع، وكان يشدد فيه، ويزجر زجراً بليغاً. ولا بأس بأن يربط الرجل في إصبعه أو خاتمه الخيط، للحاجة إلى التذكر، فقد صح أن رسول الله ﷺ أمر بعض أصحابه رضي الله تعالى عنهم بذلك[1].

وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: ولا ينتفع من الخنزير بجلده، ولا غيره، إلا الشعر للأساكفة، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يكره الانتفاع بالشعر أيضاً، وقول أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه أظهر؛ لأن حاجة الأساكفة إلى شعرها حاجة ماسة، وغيرها لا يقوم مقامها في إقامة مصلحة الخرز.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: قد رخص بعض الناس في أن يبول الرجل قائماً، وكرهه بعضهم إلا من عذر، وبه نقول.

٩٧٥٤- التضحية بالديك أو بالدجاجة في أيام الأضحية ممن لا أضحية عليه لعسرته تشبهاً بالمضحين مكروه، وذكر الشيخ الإمام الزاهد الصفار في كتاب بيان التوحيد بالفارسية، وقال: هذا من رسم المجوس.

وروى نصير بن يحيى بإسناده عن محمد بن الحسن أنه قال: ليس للعالم من بيت المال نصيب؛ لأنه وارث الأنبياء، وقد قال الله تعالى في حق الأنبياء عليهم الصلاة والسلام: ﴿قُل لا أسألُكم عليه أجراً إلا المودةَ في القربى﴾[2]، وقال الله تعالى: ﴿إن أجري إلا على

(١) ورد في نسخة "ص": بدلاً قول أبي يوسف، وفي نسخة "م": قال أبو يوسف، وقال أبو حنيفة عليه.

(٢) سورة الشورى، الآية ٢٣.

الله﴾[1]، قال: والغزاة لهم نصيب من بيت المال.

المرأة في بيت زوجها، والأمة في بيت مولاها لا تطعم، ولا تتصدق بالطعام المدخر، كالحنطة ودقيقها، وأما بغير المدخر من الطعام تتصدق على الرسم، وإن لم يأذن الزوج والمولى بذلك صريحاً، ويكون ذلك بإذن المولى والزوج، باعتبار العرف والعادة.

الحطب إذا وجد في نهر جاري، جاز أخذه والانتفاع به، وإن كان له قيمة وقت الأخذ.

الأب إذا احتاج إلى مال ولده، فإن كان في المصر، واحتاج لفقره، أكل بغير شيء، وإن كان في السفر، واحتاج لعدم الطعام، لا لفقره، بل هو موسر، أكله بالقيمة، وحد اليسار هنا أن لا يحل له الصدقة.

٩٧٥٥ - قال محمد رحمه الله تعالى في كتاب الكسب: ويفترض على الناس إطعام المحتاج في الوقت الذي يعجز عن الخروج والطلب. وهذه المسألة تشتمل على ثلاثة فصول.

٩٧٥٦ - أحدها: أن المحتاج إذا عجز عن الخروج، يفترض على كل من يعلم حاله أن يطعمه مقدار ما يتقوى به على الخروج، وأداء العبادات، إذا كان قادراً على ذلك، حتى إذا مات، ولم يطعمه أحد ممن [يعلم حاله، اشتركوا جميعاً في الإثم، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام: «ما آمن بالله من][2] بات شبعان وجاره إلى جنبه طاوٍ»[3]. وقال عليه الصلاة والسلام: «أيما رجل مات جائعاً بين قوم أغنياء، فقد برئت منهم ذمة الله وذمة رسول الله»[4]، وكذلك إذا لم يكن عنده من يعلم بحاله ما يعطيه، ولكنه قادر على أن يخرج إلى الناس ليخبر بحاله، فيؤاسوه، يفترض عليه ذلك، فإن امتنعوا من ذلك حتى مات، اشتركوا في الإثم، ولكنه إذا قام به البعض سقط عن الباقين.

٩٧٥٧ - الفصل الثاني: إذا كان للمحتاج قادراً على الخروج، ولكن لا يقدر على الكسب، فعليه أن يخرج، ومن يعلم بحاله، إذا كان عليه شيء من الواجبات، فليؤده إليه حتماً، وإن كان المحتاج يقدر على الكسب، فعليه أن يكتسب، ولا يحل له أن يسأل.

(1) سورة يونس، الآية ٧٢.

(2) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(3) أخرجه ابن عبد البر في جامع العلوم والحكم ١/١٣٩، وابن قتيبة في تأويل مختلف الحديث ١/١٧٢، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد ٨/١٦٧.

(4) أخرجه أحمد في مسنده (٤٨٨٠)، والحاكم في مستدركه (٢١٦٥)، والحارثي في مسنده (٤٤٦)، وذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/٢٦٢.

٩٧٥٨- الفصل الثالث: إذا كان المحتاج عاجزا عن الكسب، ولكنه قادر على أن يخرج، ويطوف على الأبواب، فإنه يفترض عليه ذلك، حتى إذا لم يفعل ذلك، وقد هلك كان آثماً عند الله تعالى، وهذا لأن السؤال في هذه الحالة يوصله إلى إقامة الفرائض، فيكون مستحقاً عليه، كالكسب في حق من هو قادر على الكسب.

٩٧٥٩- ثم قال: والمعطي أفضل من الآخذ. وهذه المسألة على ثلاثة أوجه: أحدها: أن يكون المعطي مؤدياً للواجب، والآخذ قادر على الكسب، ولكنه محتاج، فههنا المعطي أفضل بالاتفاق؛ لأنه في الإعطاء مؤدي للفرض، والآخذ في الأخذ متبرع، فإن له أن لا يأخذ ويكتسب، ولا شك أن درجة الفرض أعلى من درجة التبرع.

والثاني: أن يكون المعطي والآخذ كل واحد متبرعً، أما المعطي، فظاهر، وأما الآخذ بأن يكون قادراً على الكسب، وفي هذا الوجه المعطي أفضل؛ لأن العبادات مشروعة بطريق الابتلاء، ومعنى الابتلاء في الإعطاء أظهر؛ لأن الابتلاء في العمل الذي لا تميل إليه النفس، والنفس تميل إلى الأخذ ما لا تميل إلى الإعطاء.

والثالث: أن يكون المعطي متبرعاً، والآخذ مفترضاً، بأن كان عاجزاً عن الكسب، وفي هذا الوجه المعطي أفضل عند أهل الفقه، وقال أهل الحديث -أحمد ابن حنبل، وإسحاق بن راهويه رحمهما الله تعالى-: الآخذ أفضل ههنا.

وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا كان بالرجل سلعة، وذلك مثل الغدة في العين وغيره، أو كان به حجر، فأراد استخراجه، ويخاف منه الموت، قال: إن عمل أحد ونجا، فلا بأس بأن يفعل.

٩٧٦٠- لا بأس بالاستخبار عن الأخبار المحدثة في البلدة، هو المختار، لما فيه من المصلحة.

٩٧٦١- الغني إذا أكل ما تصدق به على الفقير، إن أباح له الفقير، ففي حل التناول اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى، وإن ملك الفقير الغني لا بأس به، بدليل حديث بريرة رضي الله تعالى عنها: "هي لك صدقة ولنا هدية"(١).

ابن السبيل إذا تصدق عليه، ثم وصل إلى ماله، والصدقة قائمة، لا بأس بأن يتناول من تلك الصدقة أو كذلك الفقير إذا تصدق عليه، ثم استغنى، والصدقة قائمة، لا بأس بأن يتناول

(١) مضى تخريجه

من تلك الصدقة][1].

باع الجيران في الحضر، أو الرفيق في السفر متاع البيت الذي لا وارث معه ليصرفوه إلى تجهيزه وتكفينه ودفنه، فلهم ذلك، في وديعة العيون. وحكي عن نصير بن يحيى رحمه الله تعالى قال: سمعت أبا سليمان الجوزجاني، قال: مات غريب عند محمد بن الحسن، فباع محمد بن الحسن كتبه، قال نصير: قلت لأبي سليمان: أكان محمد يومئذ قاضياً؟ قال: لا.

وحكي أنه مات رفيق لوكيع بن الجراح في سفره، فباع وكيع متاعه، وكتبه، وقرأ هذه الآية. ﴿والله يعلم المفسد من المصلح﴾[2].

وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله تعالى أنه قال: في ميت في محلة جمع أهل المحلة دراهم، ليشتروا بها كفناً، فاشتروا له الكفن، وكفنوه، وفضل من الدراهم فضلة، قال: فإن كان ذلك الميت من قرابتهم، أو من جيرانهم، قاموا بتكفينه بحق الصحبة، أو القرابة، فإن ما فضل من المال رد عليهم، فإن لم يعرف مال كل واحد منهم، فهو بينهم جميعاً، وإن لم يقدر عليهم، رد على ورثتهم، وإن لم يقدر على ورثتهم، فأحب إلي أن يصرف إلى ميت فقير من أهل تلك المحلة، فيصرف ذلك إلى كفنه. وإن لم يكن بينهم وبين الميت قرابة، ولا كان من جيرانهم، وإنما هو غريب[3] نزل به الموت فيهم، أو أخرج، فوضع عندهم ليكفنوه، رأيت أن يصرف ما فضل من الدراهم إلى كفن ميت آخر محتاج والله أعلم.

٩٧٦٢- التحليف بالطلاق والعتاق، والأيمان المغلظة، ذكر في فتاوى أهل سمرقند: أن بعض المشايخ رحمهم الله تعالى رخصوا فيه، واختيار الصدر الشهيد الكبير حسام الدين أنه يفتى بعدم الجواز، وإن بالغ المستفتي، يكتب في الفتوى: الرأي في ذلك للقاضي.

٩٧٦٣- وللرجل أن يدخل الدار التي آجرها، ويسلمه إلى المستأجر، لينظر حالها، ويرم ما استرم منها بإذن المستأجر، وبغير إذنه عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، وعند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه. لا يدخل إلا بإذن المستأجر.

٩٧٦٤- في سرقة «الأصل»: لا يجوز حمل تراب ربض المصر؛ لأنه حصن، فكان حق الجماعة، فإن انهدم شيء من الربض، ولا يحتاج إليه، لا بأس بحمله.

٩٧٦٥- في وقف فتاوى أبي الليث: الكرع مكروه في فوائد الفقيه أبي جعفر لأثر

---

(١) هذه الجملة وردت في جميع النسخ التي عندنا.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٢٠.

(٣) وردت في نسختي ظ و م: وإنما كان غريب.

المسلمين، فالقياس أن ينقض ذلك، وفي الاستحسان أن لا ينقض، ويترك على حاله، وروي عن أبي نصر بن محمد المروزي صاحب أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أنه كان إذا أراد أن يطين داره محو السكة، ثم طينه، كيلا يأخذ شيئًا من الهواء.

سئل نصر بن يحيى عن الجذع إذا كان خارجًا من السكة، أو متعلقًا بجدار الشريك، فأراد أن ينقض، أو يقطع؟ قال: إن كانت السكة نافذة، فله أن ينقض، فإذا نقضه لا يؤمر ببنائه، وليس لصاحب الجذع حق القرار، وإن كانت السكة غير نافذة، فإن كان قديمًا، فلصاحبه حق القرار، وليس للشريك حق النقض، وإذا نقض لا يؤمر بالبناء ثانيًا.

غزل الرجل إذا كان على هيئة غزل المرأة يكره.

في صوم شمس الأئمة الحلواني: تسحيح المؤذن عند الأذان والإقامة مكروه.

في فتاوى أهل سمرقند: وتكره الإشارة إلى الهلال عند رؤيته.

في فتاوى أهل سمرقند، وفي هذا الموضع أيضًا: إذا وجد في المقبرة طريقًا لا بأس بالمشي فيه، إذا لم يقع في قلبه أنه محدث.

رجل أخذ من رجل شيئًا بغير حق، ودخل داره، فلا بأس للمأخوذ منه أن يتبعه ويدخل داره، ويأخذ؛ لأنه موضع الضرورة.

٩٧٧٠- في فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: إذا رفع طينًا، أو ترابًا من طريق المسلمين، ففي أيام الأوحال جاز، بل هو أولى، وفي غير أيام الأوحال إن لم يصر كالأرض، فكذلك، وإن كان كالأرض، وحتاج الرافع إلى قلعه لا يسعه ذلك إذا كان فيه مضرة بالمارة.

في هذا الموضع أيضًا أهل قرية ابتلوا بالمسيسة ما خمر، فلا بأس به.

رجل مشى في الطريق، وكان في الطريق ماء، فلم يجد مسلكًا إلا أرض إنسان، فلا بأس بالمشي فيه؛ لأن فيه ضرورة.

٩٧٧١- وذكر في فتاوى أهل سمرقند: مسألة المرور في أرض الغير على التفصيل إن كان في الأرض الغير حائطا وحائل لا يمر فيها؛ لأن ذلك دليل عدم الرضا من صاحب الأرض بالمرور فيه، وإن لم يكن هناك حائط، فلا بأس بالمرور فيه. والحاصل أن المعتبر في هذا الباب عادة الناس.

٩٧٧٢- وفي واقعات الناطفي: نهر لرجل في أرض رجل، أراد صاحب النهر أن يدخل الأرض ليعالج نهره، ليس له ذلك؛ لأن الأرض ملك الغير، ولكن يمشي أن يمشي في بطن النهر، وإن كان النهر ضيقًا، لا يمكنه المشي في بطنه، لا يدخل في الأرض أيضًا؛ لأن

الأرض ملك غيره، فلا يحل إلا بإذنه. فهذا الجواب على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، لأنه لا حريم للنهر عنده، أما على قولهما فللنهر حريم، فله أن يمر على الحريم ويحمل ما ذكر على ذلك. وتأويل المسألة على قولهما: إذا استحق النهر مع الحريم من صاحب الأرض.

٩٧٧٣ - القيلولة المستحبة هي القيلولة بين المنجلين دائس الحنطة ودائس الشعير.

٩٧٧٤ - بساط أو مصلى، كتب عليه في النسج: الملك لله، يكره بسطه، والقعود عليه، واستعماله. فلو قطع [حرف من الحروف، أو خيط على بعض الحروف حتى لم تبق الكلمة متصلة، لا تزول الكراهة، لأن بقية حروف] (١) وللحروف المفردة حرمة؛ لأن نظم القرآن وأخبار النبي ﷺ وأسماء الله بهذه الحروف.

وقد روي أن واحداً من الأئمة رضي الله تعالى عنهم رأى الشباب يرمون، وقد كان المكتوب على الهدف: أبو جهل لعنه الله، فنهاهم عن ذلك، ومضى لوجهه، ثم رجع فوجدهم قد محوا اسم الله، وكانوا يرمون كذلك، فقال: إنما نهيتك لأجل الحروف.

قتل الأعونة والسعاة والظلمة في أيام الفترة:

أفتى كثير من مشايخنا رحمهم الله تعالى بإباحته، وقد حكي عن الشيخ الإمام الأجل الزاهد أبي جعفر أن الخصاف يقول في أسكاف الأمراء: من ضرب الضريبة على الناس حل دمه، وكان الشيخ الإمام الأجل أبو شجاع السمرقندي يقول: يثاب قاتلهم. وكان يفتي بكفر الأعونة، وكذلك القاضي الإمام عماد الدين السمرقندي كان يفتي بكفرهم، ونحن لا نفتي بكفرهم.

٩٧٧٥ - إذا أدخل الرجل ذكره في فم امرأته يكره؛ لأنه موضع قراءة القرآن، فلا يليق به إدخال الذكر فيه، وقد قيل بخلافه أيضاً.

٩٧٧٦ - السلطان إذا قال للخبازين: بيعوا عشرة أمناء من الخبز بدرهم، ومن نقص عن ذلك فعلت في حقه كذا، فاشترى رجل من الخبازين عشرة أمناء من الخبز بدرهم، ولولا خوف السلطان لا يبيعه عشرة أمناء بدرهم، لا يحل للمشتري أكله؛ لأن الخباز في معنى المكره على البيع، فإن أجازه البائع بعد ذلك عن اختيار، حل للمشتري الأكل.

(١) هذه العبارة وردت في بعض النسخ التي عندنا.

بيع المكره إذا لحقه الإجازة من البائع يخرج من أن يكون بيع مكره .

٩٧٧٧ - في عارية "الواقعات" : رجل أراد أن يستمد من محبرة غيره ، فهذا على ثلاثة أوجه : الأول : أن يستأذنه ، وفي هذا الوجه له أن يفعل ذلك ، إلا أن ينهاه .

الثاني : أن يعلمه وفي هذا الوجه له ذلك أيضاً ، إذ لم ينهه ، فهو إذن دلالة .

الثالث : إذا لم يستأذنه ، ولم يعلمه ، وأنه على وجهين إن كان بينهما انبساط ، فله أن يفعل ذلك ، لكون الإذن عرفاً . وإن لم يكن بينهما انبساط ، فليس له أن يفعل ؛ لأن في الإذن عرفاً تردد .

٩٧٧٨ - وفي "فتاوى أهل سمرقند" : طلبة العلم إذا كانوا في مجلس ، ومعهم محابر ، فكتب واحد من محبر غيره بغير إذنه صريحاً ، لا بأس به ؛ لأنه مأذون دلالة ؛ لأنه[1] لو استأذنه لا يبخل عليه .

٩٧٧٩ - وفيه أيضاً : استأجر كتاباً ليقرأه ، فوجد في الكتاب خطأ ، إن علم أن صاحب الكتاب يكره إصلاحه ، لا ينبغي له أن يصلحه ؛ لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه . وإن علم أنه لا يكره إصلاحه ، فإن أصلحه جاز ؛ لأنه مأذون دلالة ، وإن لم يصلحه فلا إثم عليه ؛ لأن الإصلاح ليس بواجب عليه .

٩٧٨٠ - رجل في داره شجرة فرصاد ، وقد باع أغصانها ، وإذا ارتقاها المشتري اطلع على عورات الجيران ، فقد قيل : ينبغي للجيران أن يرفعوا الأمر إلى القاضي ، حتى يمنعه عن ذلك ، والمختار أن يخبر الجيران المشتري وقت الارتقاء ليستروا أنفسهم ، ويفعل ذلك كل يوم مرة أو مرتين ؛ لأن هذا جمع بين الحقوق . فإن لم يفعل ذلك ، إلا أن يرفع الأمر إلى الحاكم ، فإن رأى الحاكم بالمنع منعه .

شوك أو حشيش نبت على القبور ، إن كان رطباً ، يكره قلعه ، وإن كان يابساً ، لا يكره ؛ لأنه ما دام رطباً يسبح ، فربما يكون للميت أنس بتسبيحها ، ولا كذلك اليابس .

٩٧٨١ - ميت دفن في أرض غيره ، فإن شاء رب الأرض أمر بإخراجه ، وإن شاء سوى القبر مع الأرض ، وزرع عليها ، فله أن يستخلص الظاهر والباطن ، أو الظاهر وحده .

رجل يعمل أعمال البر ، ويقع في قلبه أنه ليس بمؤمن ، إن وقع في قلبه كه وى مؤمن بسزا نيست ، أو أعماله لا ينفعه ؛ لأنه عصى الله ، فهو مؤمن صالح ، وإن وقع في قلبه أنه ليس

---

(١) ورد في نسخة "ظ" و"ف" و"م" : فإنه .

٩٧٨٤- رجل مات وعليه دين قد نسيه، هل يؤاخذ به في الآخرة؟ إن كان الدين بسبب التجارة، لا يؤاخذ به، وإن كان بسبب الغصب، يؤاخذ به؛ لأنه جنى في أصل الغصب، ولا كذلك في التجارة.

رجل ليس له مال، وله عيال، ويحتاج الناس إليه في حفظ الطريق والبذرقة، فإن كان يقدر على أن يعمل هذا العمل، ولا يضيع عياله، فالأفضل أن يشتغل بذلك العمل، وإن لم يمكنه القيام بذلك إلا وأن يضيع عياله، فالقيام بأمر العيال أولى، وإن قام بحفظ الطريق، فأهدي إليه، فإن لم يأخذ، فذلك أولى وأحب، وإن أخذ، فليس بحرام.

٩٧٨٥- الشعير الذي يوجد في بعر الإبل والشاة يغسل، ويؤكل، والذي يوجد في أخثاء البقر لا يؤكل، هكذا قيل، ولم يتضح لي الفرق.

٩٧٨٦- حبة من قشر الصابة إذا وقعت[1] في دهن[2] أو حنطة فطحن الحنطة، يؤكل. قال: إلا أن يكون كثيراً فاحشاً بحيث ينفر عنه الطبع، والجواب ظاهر في الحنطة، مشكل في الدهن.

٩٧٨٧- خبز وجد في خلاله بعر الفأرة، قيل: إن كان على صلابته، يرمى ويؤكل الخبز؛ لأنه [لم يتنجس][3]، وفيه نظر.

٩٧٨٨- رجل قال: إذا تناول فلان من مالي فهو حلال له، فتناول فلان شيئاً من ماله، فهو حلال له، ولو قال: كل من تناول من مالي، فهو له حلال، فتناول رجل شيئاً، فهو ليس بحلال له، ويضمن ما تناول، هكذا قال محمد بن سلمة، وقال أبو نصر محمد بن سلام: هو له حلال، ولا ضمان عليه بالتناول.

٩٧٨٩- ولو قال لرجل بعينه: جميع ما تأكل من مالي، فقد جعلتك في حل، فتناول شيئاً، فهو حلال بلا خلاف.

ماتت الفأرة في صبغ، فصبغ فيه الثوب، ثم غسل الثوب ثلاثاً، يحكم بطهارته.

(١) هكذا ورد في الأصل، وورد في نسخ ط و ب و م: سقطت مكان وقعت.

(٢) ورد في نسخة ف: في دار وبدهن.

(٣) هكذا في ب و م، وكان في ط: لم يتنجس، وكان الأصل ساقط.

والرجل إذا كان في بيت، فأخذته الزلزلة، فلا بأس [أن يفر إلى الفضاء][1]، بل يستحب، ألا ترى إلى ما روي: "أن رسول الله ﷺ مرّ بحائط مائل، فأسرع في المشي"[2] - والله سبحانه وتعالى أعلم - .

تم كتاب الكراهية والاستحسان من "المحيط"

(١) وفي نسخة "ط": أن يفر إلى الفضاء.

(٢) أخرجه أحمد في "مسنده" (٨٦٥٤)، وأبو يعلى في "مسنده" (٦٦١٢)، والبيهقي في "شعب الإيمان" (١٣٥٩)، وأبو داود في "المراسيل" (٤٧٦)، والشاشي في "الديات" ١/٦٤، وابن عدي في "الكامل في الضعفاء" ١/٢٣١.

كتاب التحري

هذا الكتاب يشتمل على ثلاثة فصول :

الفصل الأول : في مسائل الصلاة.

الفصل الثاني : في مسائل الزكاة

الفصل الثالث : في التحري في الثياب والمياه والأواني والموتى.

الفصل الأول
في مسائل الصلاة

٩٧٩١- يجب أن يعلم بأن معرفة جهة الكعبة إنما تدرك بالدلائل أو بالتحري عند انعدام الأدلة، فمن الدلائل المحاريب المنصوبة في كل موضع؛ لأن ذلك باتفاق الصحابة رضي الله تعالى عنهم ومن بعدهم، فإن الصحابة فتحوا العراق، وجعلوا القبلة ما بين المغرب والمشرق، ثم فتحوا خراسان، وجعلوا القبلة ما بين المغربين، مغرب الشتاء ومغرب الصيف [وكانوا يصلون إليها](١)، ولما ماتوا جعلوا قبورهم إليها أيضا من غير نكير منكر(٢). وكفى بإجماعهم حجة.

ومن الدلائل السؤال في كل موضع من أهل ذلك الموضع؛ لأن أهل كل موضع تعرف قبلتهم من غيرهم عادة. ومن الدلائل النجوم أيضا على ما حكي عن عبد الله بن المبارك، أنه قال: أن أهل الكوفة يجعلون الجدي خلف القفا في استقبال القبلة، ونحن نجعل الجدي خلف الأذن اليمنى. وكان الشيخ الإمام الزاهد رئيس أهل السنة إمام الهدى أبو منصور الماتريدي يقول: السبيل في معرفة جهة القبلة أن ينظر إلى مغرب الشمس في أطول أيام السنة، فيعينه، ثم ينظر إلى مغرب الشمس في أقصر أيام السنة، فيعينه، ثم يدع الثلثين على يمينه، والثلث على يساره، فيكون متوجها إلى جهة القبلة في ذلك الموضع. وعند انعدام هذه الأدلة، فإصابة جهة الكعبة بالتحري.

وجملة هذا الفصل على أربعة أوجه: أحدها: إذا صلى إلى جهة من غير شك، ولم يخطر بباله وقت التكبير أن هذه الجهة قبلة أو ليست بقبلة، وفي هذا الوجه إن علم أنه أصاب، أو كان أكبر رأيه ذلك يجزئه؛ لأنه لو لم يعلم أنه أصاب أو لم يعلم خطأه؛ لأن الجواز أصل فيما يفعله المسلم العاقل، فلأن يجزئه إذا علم أنه أصاب أو كان أكبر رأيه ذلك، أولى.

وإن علم أنه أخطأ القبلة، لا يجزئه؛ لأن الجواز في الوجه الأول بنوع ظاهر من حيث إن الجواز أصل فيما يفعله العاقل المسلم، وهذا نوع ظاهر، والثابت بالدليل فوق الثابت بالظاهر،

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف

(٢) ورد في نسخة م: من غير نكير منكر منهم

وكذلك إذا كان أكثر رأيه؛ لأن أكثر الرأي يقوم مقام العلم في حق العمل. وهذا كله إذا علم أنه أصاب، أو أخطأ بعد الفراغ من الصلاة.

٩٧٩١ - فأما إذا علم في خلال الصلاة أنه أصاب القبلة، أو كان أكثر رأيه، فقد ذكر شيخ الإسلام في شرحه: أنه لا يجزئه، ويلزمه الاستقبال، وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرحه أن فيه اختلاف المشايخ. كان الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى يقول: لا يجزئه، ويلزمه الاستقبال؛ لأن ما ظهر من الحال في الانتهاء فوق الحال الماضية؛ لأن التوجه إلى القبلة في الحالة الماضية كان ثابتاً بظاهر، وبعد ما علم أنه أصاب، أو كان أكثر رأيه ذلك، فالتوجه إلى القبلة ثابت بالدليل، ولا شك أن الثابت بالدليل فوق الثابت بحسب ظاهر الحال، فأما إذا كان ما ظهر من الحال في الانتهاء فوق حال الأول لم يمكنه بناء الباقي على ما مضى؛ لأن الأقوى لا يجوز أن يبنى على الأضعف. ألا ترى أن المومي إذا قدر على الركوع والسجود في خلال الصلاة، والأمي إذا صار قارئاً؛ لا يبني.

وكان الشيخ الإمام الزاهد أبو بكر بن حامد رحمه الله تعالى يقول: يجزئه، ولا يلزمه الاستقبال؛ لأن صلاته كانت صحيحة في الابتداء لانعدام دليل المفسد، والشيء لا يزداد قوة حكماً، بخلاف ما بعد الشك؛ لأن هناك صلاته ليست بصحيحة إلا بالتيقن بالإصابة، فإذا تيقن أنه أصاب، فقد قوي حاله حكماً، ولزمه الاستقبال، أما ههنا بخلافه.

الوجه الثاني: إذا اشتبهت عليه القبلة، فلم يتحر، وصلى إلى جهة، إن علم أنه أخطأ، أو كان أكثر رأيه أنه أخطأ، أو أصاب، لا يجزئه، وإن علم أنه أصاب، يجزئه.

هذا كله قبل الفراغ من الصلاة، أما إذا لم يعلم أنه أخطأ، أو أصاب، إنما لا يجزئه؛ لأن التحري مفترض عليه حالة الاشتباه شرطاً لجواز الصلاة، فإذا ترك التحري، فقد ترك شرطاً من شرائط جواز الصلاة، فلا يجزئه، كما لو ترك شرطاً آخر، فإذا ظهر الكلام فيما إذا لم يعلم أنه أخطأ، أو أصاب، ظهر الكلام فيما إذا علم أنه أخطأ، أو أكبر رأيه ذلك من طريق الأولى.

فرق بين هذا وبين المسألة الأولى، فإن في المسألة الأولى إذا لم يعلم أنه أصاب، أو لم يصب، فإنه يجزئه. ووجه الفرق أن في المسألة الأولى لم يصر تاركاً شرطاً من شرائط جواز الصلاة؛ لأن التحري إنما يجب حالة الاشتباه، ولم يشتبه عليه أمر القبلة[1] في المسألة الأولى، أما ههنا فقد اشتبه عليه أمر التحري، فإن التحري شرط لجواز الصلاة، فمن ترك ذلك، فقد ترك شرطاً من شرائط جواز الصلاة.

---

(١) ورد في نسخة «ظ» مكان القبلة مكتوب: أمر القبلة.

٩٧٩٤- الوجه الثالث: إذا شك وتحرى، وصلى إلى الجهة التي وقع التحري عليها، وفي هذا الوجه تجزئه صلاته، وإن علم أنه أخطأ القبلة، وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه: لا تجزئه صلاته إذا علم أنه أخطأ القبلة. وجه قوله: إنه أدى حكماً عن اجتهاد، وقد ظهر خطأه بيقين، فيلزمه الإعادة، كما لو توضأ بماء على ظنه أنه طاهر، ثم تبين أنه نجس، أو صلى في ثوب على ظن أنه طاهر، ثم تبين أنه نجس.

وجه قول علمائنا رحمهم الله تعالى حديث عبد الله بن عامر بن ربيعة رضي الله تعالى عنه، وإنه معروف.

وأما مسألة الثوب والماء، قلنا: القياس في القبلة أن لا يجوز، كما في الماء والثوب، إلا أنا تركنا القياس في القبلة بالنص، وما ثبت بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره. والنص الوارد في القبلة لا يكون وارداً في الماء والثوب دلالة؛ لأن الصلاة إلى غير القبلة أخف من الصلاة بغير وضوء، وفي ثوب نجس؛ لأن التطوع إلى غير القبلة يجوز بالعذر الذي لا يجوز بمثل ذلك العذر الصلاة بغير وضوء، ولا في ثوب نجس، فإنه بعذر السفر فيما دون ذلك، يجزئه التطوع إلى غير القبلة، ولا يجزئه بغير طهارة، ولا في ثوب نجس، وإذا كان أخف، فالنص الوارد في القبلة، بخلاف القياس لا يكون وارداً فيهما دلالة، فرد فصل الماء والثوب إلى ما يقتضيه القياس، والقياس ما قاله.

وهذا إذا كان بعد الفراغ من الصلاة، فأما قبل الفراغ من الصلاة إذا علم أنه أصاب القبلة، فإنه يمضي في صلاته ولا يستقبل، لأن الحالة الثانية مثل الحالة الأولى؛ ولأن الجهة التي وقع عليها التحري صارت قبلة بالنص كالكعبة، وإذا كانت الحالة الثانية مثل الحالة الأولى، لا فوقها أمكنه البناء على الحالة الأولى. إن أهل قبا كانوا يصلون إلى بيت المقدس، فلما تحولت القبلة إلى الكعبة تحولوا إليها وهم في الصلاة، وجوزت صلاتهم.

٩٧٩٥- الوجه الرابع: إذا شك وتحرى، وأعرض عن الجهة التي وقع تحريه عليها، وصلى إلى جهة أخرى، لا يجزئ في ظاهر رواية أصحابنا، وروى أبو سليمان الجوزجاني عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه يجوز، وجه ظاهر الرواية ما ذكرنا. وجه رواية أبي سليمان: أن التوجه إلى الجهة التي وقع تحريه عليها لم يفرض بعينه، بل لرجاء أنها كعبة حقيقة، فإذا أصاب الكعبة بجهة أخرى، فقد حصل ما هو المقصود من التوجه إلى الجهة التي وقع تحريه عليها، فسقطت فرضية التوجه إليها.

وما يلحق بهذا الفصل:

٩٧٩٦- إذا صلى إلى الجهة التي وقع تحريه عليها ركعة أو ركعتين، ثم علم أنه أخطأ، فعليه أن يتحول إلى جهة الكعبة، ويبني على صلاته.

٩٧٩٧- وإذا وقع تحريه إلى جهة، وصلى إليها ركعة، ثم تحول رأيه إلى جهة أخرى، يتحول إلى الجهة الثانية، وكذا الثالثة والرابعة، والأصل فيه حديث أهل قباء على ما رويناه.

واختلف المتأخرون فيما إذا صلى إلى جهة بالتحري، ثم وقع تحريه على جهة أخرى، وصلى إليها ركعة، ثم وقع تحريه على الجهة الأولى، فمنهم من قال: يستقبل تلك الجهة أيضا، ومنهم من قال: يلزمه الاستقبال.

٩٧٩٨- رجل أم قوما في ليلة مظلمة، فتحرى القبلة، فصلى إلى المشرق، وتحرى من خلفه، وصلى بعضهم إلى القبلة، وبعضهم إلى دبر القبلة، وكلهم خلف الإمام، ولا يعلمون ما صنع الإمام، أجزأهم، وهذا إذا كان عند كل واحد منهم أن وجه الإمام إلى هذا الجانب الذي وجه، ولم يتقدم على الإمام. أما إذا كان عند واحد منهم أن وجه الإمام إلى جانب آخر، وهو تقدم على إمامه لا تجوز صلاته، وأما إذا كان عنده أنه تقدم على إمامه، فظاهر، وأما إذا كان عنده أن وجه إمامه إلى جانب آخر، فلأنه زعم فساد صلاة إمامه لأنه يزعم أنه ترك القبلة، وهذا بخلاف ما لو صلى في جوف الكعبة، فإنه يجوز صلاة الكل من كان وجهه إلى الجانب الذي إمامه إليه، ومن كان وجهه إلى جانب آخر؛ لأن هناك أحد لم يزعم أنه ترك القبلة وفساد صلاة الإمام؛ لأن كل جهة حق بيقين، أما هنا فالجهات كلها ليست بحق بيقين، بل الحق جهة واحدة، ولهذا أمر بالتحري، ولو كانت كل جهة حقا، لما احتيج إلى التحري، وإنما الحق عند كل مجتهد ما أدى إليه اجتهاده، وإن كان عند صاحبه خطأ، وكثير من مسائل التحري ذكرناها في أول كتاب الاستحسان، فلا نعيده.

وما يتصل بهذا الفصل معرفة مكان التحري.

٩٧٩٩- ذكر في باب صلاة المريض من الأصل مسألة تدل على أن التحري في باب القبلة كما يجوز خارج المصر يجوز في المصر، وصورتها: أن قوما مرضى في بيت بالليل منهم أحد فصلى بعضهم إلى القبلة، وبعضهم إلى غير القبلة، وهم يعلمون أنهم أصابوا، يعني تحروا، فصلاتهم جائزة؛ لأنه يجوز ذلك من الأصحاء حالة الاشتباه، فمن المرضى أولى. وجه الاستدلال: أن محمدا رحمه الله تعالى حكم بجواز صلاتهم من غير فصل بينهما، إذا كان

البيت في المصر، أو خارج المصر، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الرجل إذا كان ضعيفاً، وكان ليلاً، ولم يجد أحداً يسأل، فأراد أن يصلي تطوعاً، جاز له التحري.

٩٨٠٠- وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى في شرحه مسألة الضيف، فقال: إذا كان الرجل ضيفاً في بيت إنسان، فنام القوم، فأراد الضيف أن يتهجد بالليل، وكره أن يوقظهم ذكر أن بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: لا يجوز له التحري، وبعضهم قالوا: إن كان يريد إقامة المكتوبة لا يجوز له التحري، وإن كان يريد تهجد الليل يجوز له التحري، قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى عن مشايخنا: إن الصحيح أن لا يجوز له التحري في المصر؛ لأنه يتوصل إلى إصابة الجهة بالسؤال، أو يجد من يسأله غالباً، والحكم بني على الغالب. قالوا: وما ذكرنا في باب صلاة المريض محمول على البيت الذي يكون في الرباط، ولا يكون ثمه ساكنون، والمرضى مسافرون. وفي كتاب التحري رجل دخل مسجداً لا محراب فيه، وقبلته مشكلة، وفيه قوم من أهله، فتحرى هذا الرجل القبلة، وصلى ثم تبين أنه أخطأ، فعليه أن يعيد الصلاة، وإن علم أنه أصاب جازت صلاته؛ لأن السؤال من أهله ما افترض لعينه، بل لإصابة الكعبة، فإذا أصاب، فقد حصل المقصود.

٩٨٠١- قال في كتاب التحري عقيب هذه المسألة: وهو نظير من أتى خيام الأحياء، ولم يجد ماء، فتيمم، وصلى، ثم وجد الماء، فإن كان في الحي قوم من أهله، ولم يسألهم لا يجزئه التيمم، وإن كان في الحي قوم من غير أهله، فلم يسألهم، أو سألهم، فلم يخبرهم، أو لم يكن بحضرته من يسأله جازت صلاته.

٩٨٠٢- وذكر القدوري في شرحه عن محمد رحمه الله تعالى: فيمن بان له الخطأ بمكة، بأن كان ثمه محبوساً في بيت، فاشتبهت عليه القبلة، فتحرى، ولم يكن عنده من يسأله، أنه لا إعادة عليه، قال ثمه: وهو الأقيس؛ لأنه إذا كان محبوساً في بيت، وانقطع عنه سائر الأدلة، تعين عليه التحري، فقد أتى بما أمر به، فيجوز، قال: ثمه.

وقال أبو بكر الرازي رحمه الله تعالى: عليه الإعادة؛ لأنه تيقن بالخطأ بمكة مقطوع بها، قال: ثمه. وكذلك لو كان بالمدينة؛ لأن القبلة بالمدينة مقطوع بها، نصبها رسول الله ﷺ بالوحي، بخلاف سائر البقاع.

الفصل الثاني
في مسائل الزكاة

٩٨٠٣ - وإذا دفع الرجل زكاة ماله إلى رجل [ولم يخطر بباله عند الدفع أنه غني، أو فقير جاز، إلا إذا علم أنه غني، وإن دفع إلى رجل] (١) ظن أنه فقير من غير أن يستدل على كونه فقيراً بما، وجعل أمارة على الفقر، فالجواب فيه كالجواب في الفصل الأول، ومعنى المسألة أنه لم يشك في أمر المدفوع، بل كما رآه وقع في قلبه أنه فقير.

فإن اشتبه عليه حال المدفوع إليه، فدفع إليه بعد ما تحرى، ووقع في أكثر رأيه أنه فقير، وأخبره المدفوع إليه، أو أخبره عدل آخر أنه فقير، ورآه في زي الفقراء، ورآه جالساً في صف الفقراء، ورآه يسأل الناس، ووقع في قلبه أنه فقير، وفي هذه الوجوه كلها إن علم أنه فقير، أو أكثر رأيه أنه فقير، أو لم يعلم شيء، أو علم أنه غني، أو كان أكثر رأيه أنه غني، جاز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى الجواب كذلك، إلا في وجه واحد: وهو ما إذا علم أنه غني، فإنه في هذه الصورة لا يجزئه عن زكاة ماله عند أبي يوسف رحمه الله تعالى.

قال شيخ الإسلام: وله أن يسترد ما دفع إليه، وهذا خلاف الرواية، فالرواية منصوصة عن أبي يوسف أنه لا يملك الاسترداد.

ثم إن بعض مشايخنا ذكروا أن محمداً رحمه الله تعالى جمع بين فصول خمسة، فيما إذا أخبره المدفوع إليه، أو عدل آخر أنه فقير، أو رآه في زي الفقراء، أو جالساً في صف الفقراء، أو رآه يسأل الناس، ووقع في قلبه أنه فقير، ذكر هذا الشرط، وهو الوقوع في قلبه أنه فقير فيما إذا رآه يسأل الناس، ولم يذكره في الفصول الأخر هذا الشرط، وأنه شرط في الفصول الأخر أيضاً، وهذا لأنه إذا وقع في قلبه صدقه كان بمنزلة التحري.

ثم على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى إذا ظهر أن المدفوع إليه غني، وجازت الصدقة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى هل يحل للقابض؟ اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: لا يطيب، وقال بعضهم: يطيب، وقال بعضهم: يرده إلى المدعى عليه

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ وم وف.

وجه التمليك.

٩٨٠٤- ثم المعطي هل يثاب على ذلك؟ قال بعضهم: يثاب ثواب المعاملة مع الناس وإيثارهم، ولا يثاب ثواب الصدقة.

٩٨٠٥- واستشهد في الكتاب حجة لأبي يوسف رحمه الله تعالى في المسألة المختلف فيها، قال: وهو بمنزلة رجل توضأ بماء، وصلى، ثم تبين أنه كان غير طاهر، أو ذكر أن هذا يجزئه ما لم يعلم، فإذا علم، أعاده.

٩٨٠٦- قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى: تحت هذه اللفظة فائدة عظيمة، فإنه جعل تلك الصلوات مجزئة ما لم يعلم فاسدة في الحقيقة؛ قال محمد رحمه الله تعالى: وكذلك كل صلاة وقعت فاسدة، وهو يظن أنها وقعت جائزة، فمات قبل العلم، لم يعاقب، والعبرة لما عنده، لا لما عند الله تعالى. قال: وهو نظير ما روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فيمن اشترى أمة، ووطئها مرارًا، ثم استحقت، إن وطئها حلال له، ولا يسقط إحصانه؛ لأنه وطئها وعنده أنها ملكه، فتعتبر ما عنده. وعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: الوطء حرام، إلا أنه لا إثم عليه.

٩٨٠٧- وبناءً هنا في حال المدفوع إليه، فدفع إليه من غير تحري، إن ظهر أنه غني، أو وقع في أكبر رأيه أنه غني، أو لم يعلم شيء، لا يجوز. وإن ظهر أنه فقير، يجوز. وإن وقع في أكبر رأيه بعد ذلك أنه فقير، واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، أكثرهم على أنه لا يجوز.

٩٨٠٨- وأما إذا اشتبه عليه حالة المدفوع إليه، وتحرى، فوقع في أكبر رأيه أنه غني، ودفع إليه مع ذلك، فلا يجزئه ما لم يعلم فقره.

وإذا علم أنه فقير اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه على ثلاثة أقاويل: بعضهم قالوا: يجوز إجماعًا، وبعضهم قالوا: لا يجوز إجماعًا، وبعضهم قالوا: عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: لا يجوز، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى يجوز، على عكس ما ذكرنا من الاختلاف فيما بين أبي حنيفة ومحمد، وبين أبي يوسف رحمه الله تعالى.

٩٨٠٩- لو ظهر أن المدفوع إليه أب الدافع، أو ابنه، كان على الخلاف في ظاهر الرواية، وذكر أبو شجاع عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: أنه لا يجوز.

٩٨١٠- ولو ظهر أن المدفوع إليه هاشمي، كان على الخلاف في ظاهر الرواية.

٩٨١١- [وإن ظهر أن المدفوع إليه ذمي، كان على هذا الخلاف في ظاهر الرواية](١)، وذكر أبو يوسف في الأمالي عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: أنه لا يجزئه.

٩٨١٢- وإن ظهر أنه حربي غير مستأمن، ذكر في نوادر الزكاة أنه على هذا الاختلاف، وذكر في جامع البرامكة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه لا يجزئه، وإن ظهر أنه حربي غير مستأمن، لا يجوز عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه باتفاق الروايات.

٩٨١٣- وإن ظهر أنه عبده، لا يجوز إجماعًا، وإن ظهر أنه مكاتبه، فعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى روايتان -والله أعلم بالصواب-.

(١) هذه العبارة أثبتت من نسخة ظا.

الفصل الثالث
في التحري في الثياب، والمسالخ، والأواني والموتى

٩٨١٤- إذا كان مع الرجل ثوبان، أو ثياب، والبعض نجس، والبعض طاهر، فإن أمكن التمييز بالعلامة تميّز، وإن تعذر التمييز بالعلامة إن كانت الحالة حالة الاضطرار، بأن لا يجد ثوباً طاهراً بيقين، فاحتاج إلى الصلاة، وليس معه ما يغسل به أحد الثوبين، أو أحد الأثواب، يتحرى.

وإن كانت الحالة حالة الاختيار، إن كانت الغلبة للطاهر يتحرى. وإن كانت الغلبة للنجس، أو كان على السواء لا يتحرى.

ثم في حالة الاضطرار إذا وقع تحريه في الثوبين على أحدهما أنه طاهر، فصلى فيه الظهر، ثم وقع أكبر رأيه على الآخر أنه هو الطاهر، فصلى فيه العصر، لم يجزه العصر. فإن لم يحضره تحريه، أو لم يعلم أن في أحدهما نجاسة، حتى صلى في أحدهما الظهر، وفي الآخر العصر، ثم نظر، فإذا في أحدهما قذر، ولم يدر أهو الأول أو الآخر؟ فصلاة الظهر جائزة، وصلاة العصر فاسدة.

٩٨١٥- وفي «النوازل»: إذا كان أحد الثوبين نجساً، فصلى في أحدهما الظهر من غير تحري، وصلى في الآخر العصر، ثم وقع تحريه على أن الأول طاهر، قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: هذا لم يصل شيئاً، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: صلاة الظهر جائزة.

٩٨١٦- وأما الثوب الواحد إذا أصاب طرفاً منه نجاسة مانعة جواز الصلاة، وهي غير مرئية، هل يجوز أن يتحرى طرفاً منه، فيغسله؟ بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله تعالى جوزوا ذلك، وبعضهم قالوا: إذا غسل طرفاً منه من غير تحري، وصلى، لا يحكم بفساد صلاته. وما قاله المشايخ خلاف ما ذكره هشام في «نوادره» عن محمد رحمه الله تعالى، فقد ذكر ثمة أنه لا يجوز التحري في ثوب واحد. قال القاضي الإمام أبو علي النسفي رحمه الله تعالى: ونظير هذه المسألة مسألة أخرى لا يحفظ جوابها: أن الحنطة التي تداس بالحمر، فتبول، وتروث، وتصيب بعض الحنطة، ويختلط ما أصيب منه بغيرها، فلو عزل بعضها، وغسل، ثم خلط الكل، أبيح تناولها، وكذلك لو عزل بعضها، ووهبه من إنسان، أو باعه منه، أو تصدق به عليه، حل تناول الحنطة، ويباح للموهوب له، والمشتري، والمتصدق عليه

تتوبها أيضاً.

٩٨٤٧- ونظير هذه المسألة في «النوادر»: رجلان في السفر، ومعهم ثوبان، أحدهما طاهر، والآخر نجس، فصلى أحدهما في ثوب بالتحري، وصلى الآخر في ثوب آخر بالتحري، تجوز صلاة كل واحد منهم.

ولو أم أحدهما، واقتدى به الآخر، فصلاة الإمام جائزة دون صلاة المقتدي.

ونظير هذه المسألة مسألة أخرى: رجلان تلاعبا، فسال من أحدهما قطرة من دم، وجحد كل واحد منهما أن ذلك منه، فصلى كل واحد منفرداً، جازت صلاته، ولو اقتدى أحدهما بالآخر، لا يجوز صلاة المقتدي.

٩٨٤٨- ومن هذا الجنس مسألة أخرى: ثلاثة نفر، سال من أحدهم قطرة من دم، أو فسا أحدهم، أو ضرط، ثم جحدوا جميعاً، ثم أم أحدهم في الظهر، والثاني في العصر، والثالث في المغرب، فصلاة الظهر جائزة للكل، ولا تجوز صلاة العصر لإمام المغرب، ولا تجوز صلاة المغرب لإمام الظهر والعصر رواية واحدة، وفي إمام المغرب روايتان، قال أبو القاسم الصفار: تعيد الصلوات كلها.

٩٨٤٩- إذا كان في السفر، ومعه أواني بعضها نجسة، وبعضها طاهرة، إن كانت الغلبة للطاهرة، يجوز التحري حالة الاختيار وحالة الاضطرار للشرب والوضوء جميعاً. وإن كانت الغلبة للنجسة، أو كانا سواء، إن كانت الحالة حالة الاختيار، لا يتحرى، لا للشرب، ولا للوضوء، وإن كانت حالة الاضطرار، يتحرى للشرب بالإجماع، ولا يتحرى للوضوء عندنا، ولكنه يتيمم، فإن توضأ بالماء، إن مسح موضعاً واحداً في الرأس، لا يجزئه، وإن مسح في موضعين يجزئه.

وههنا مسألة أخرى لا ذكر لها في «المبسوط»: إن اختلط إناءه بأواني أصحابه في السفر، وهم غيب، قال بعضهم: يتحرى، ويأخذ إناءه، وبعضهم قال: إنه بمنزلة طعام مشترك بين جماعة غاب أصحابه، واحتاج [الحاضر إلى نصيبه، يأخذ قدر نصيبه، وكذا رغيفه إذا اختلط بأرغفة صاحبه، قال بعضهم: يتحرى][1]، وقال بعضهم: لا يتحرى في الأواني والأرغفة، ولكن يتربص حتى يجيء أصحابه. وهذا كله في حالة الاختيار، فأما في حالة الاضطرار، فيجوز التحري في الأحوال كلها.

٩٨٥٠- إذا كان للرجل مساليخ، بعضها ذبيحة، وبعضها ميتة، إن أمكن التحرز

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و ب و ف.

بالعلامة يتحرى في الوجوه كلها. ويباح التناول. وإن تعذر التمييز بالعلامة، فإن كانت الحالة حالة الاضطرار، ويعني به أن لا يجد ذكية بيقين، واضطر إلى الأكل، يتناول بالتحري على كل حال. وإن كانت الحالة حالة الاختيار، فإن كانت الغلبة للحرام، أو كانوا سواء، لم يجز التناول بالتحري. وإن كانت الغلبة للحلال يجوز التناول بالتحري.

٩٨٢١ - والزيت إذا اختلط به ودك الميتة، إن كان الغلبة للحرام، أو كانا على السواء، لا يجوز الانتفاع به بوجه من الوجوه، وإن كانت الغلبة للزيت، لا يحل الأكل، ويحل ما عدا ذلك من الاستصباح، ودبغ الجلد، والبيع بشرط أن لا يشترط عليه.

٩٨٢٢ - إذا اجتمع موتى المسلمين وموتى الكفار، فإن أمكن التمييز بالعلامة [تميز، وإن كان تعذر التمييز بالعلامة][1]، فإن كانت الغلبة للمسلمين، يغسلون، ويكفنون، ويدفنون في مقابر المسلمين، ويصلى عليهم، وينوي بالصلاة الدعاء للمسلمين. وإن كانت الغلبة للكفار، لم يصل عليهم، ويغسلون، ويكفنون، ويدفنون في مقابر المشركين. وإن كانوا سواء، فكذلك الجواب، لا يصلى عليهم، ويدفنون في مقابر المشركين. قيل: عند أبي يوسف يدفنون في مقابر المسلمين، وقال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى: يتخذ لهم مقبرة على حدة.

(١) ما بين المعقوفتين ساقط عن الأصل وأثبتناه من ط وم وب.

كتاب اللقيط

هذا الكتاب يشتمل على خمسة فصول:

الفصل الأول: في بيان حاله، وصفته، وما يستحب فيه، أو يفترض.
الفصل الثاني: في بيان أحكامه. الفصل الثالث: في بيان من يلي عليه.
الفصل الرابع: في دعوى نسب اللقيط.
الفصل الخامس: في تصرفات اللقيط بعد البلوغ.

الفصل الأول
في بيان حاله، وصفته، وما يستحب فيه، أو يفترض

٩٨٦٣- المذهب لعلمائنا رحمهم الله تعالى في اللقيط : أنه حر باعتبار الدار؛ لأن الدار دار أحرار، فإن الأصل في الآدمية الحرية، والعبرة في حق الدين على رواية كتاب اللقيط من الأصل للمكان لا للواجد، حتى لو وجد في مكان المسلمين، يحكم بإسلامه، سواء كان الواجد كافراً، أو مسلماً، ولو وجد في مكان الكافرين، يحكم بكفره، سواء كان الواجد مسلماً، أو كافراً.

وعلى بعض رواية كتاب الدعوى من الأصل : العبرة للواجد . وعلى بعض رواية كتاب الدعوى من الأصل، وكتاب العتاق : العبرة لما يوجب الإسلام أيهما كان .

٩٨٦٤- وفي "المنتقى" : يعتبر الزي مرة، حتى إذا كان عليه زي أهل الشرك، يحكم بكفره، ومرة يعتبر دين الواجد، ويقول : الملتقط إذا كان ذمياً، وزي اللقيط مشكل، فادعاه نصراني، فهو ابنه، وهو على دينه، ولا ينظر في ذلك إلى الموضع الذي وجد فيه إن كان مسجداً، أو غيره .

ورفعه أفضل من تركه، لما فيه ترك الرحم على الصغير، وقد قال عليه الصلاة والسلام : "من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا"[1]. قالوا : هذا إذا كان لا يخاف عليه لا محالة، أما إذا كان يخاف عليه لا محالة، بأن وجده واقعاً في الماء، أو بين يدي سبع، يفترض عليه الأخذ .

٩٨٦٥- إذا جاء الملتقط باللقيط إلى القاضي، فطلب من القاضي أن يأخذه منه، فللقاضي أن لا يصدقه في ذلك بدون بينة يقيمها على أنه لقيط؛ لأنه متهم، فلعل هو ولده، أو بعض من يلزمه نفقته، و يحتال بهذه الحيلة، ليدفع النفقة عن نفسه، وإذا أقام البينة على ذلك، فالقاضي يقبل بينته من غير خصم حاضر، إما لأن هذه بينة قامت لينكشف الحال، أو

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٤٩٤٣)؛ باب في الرحمة، وأخرجه الترمذي في سننه (١٩١٩ و١٩٢٠ و١٩٢١)؛ باب ما جاء في رحمة الصبيان، وأحمد في مسنده في (٦٧٣٣ و٧٠٧٣)، وابن أبي شيبة (٢٥٣٥٩)، والبزار في مسنده (٢٧١٨)، والربيع في مسنده (٧٥٣)، والحاكم في مستدركه (٧٣٥٣)، والطبراني في الكبير (٨/ ٣٠٨).

لأنها غير ملزمة؛ فالخصم في مثل هذا ليس بشرط. وإذا قبل القاضي بينته، إن شاء قبض اللقيط منه، وإن شاء لم يقبضه منه، ولكنه يوليه ما تولى، ويقول له: قد التزمت حفظه، فأنت وما التزمت، وليس لك أن تترك ما التزمته.

هذا إذا لم يعلم القاضي عجزه عن حفظه، والإنفاق عليه، وأما إذا علم، فالأولى أن يأخذه منه؛ نظرًا للقيط. وإذا أخذ منه يضعه على يدي رجل؛ ليحفظه. فإن جاء الأول بعد ذلك، وسأل من القاضي أن يرده عليه، فالقاضي بالخيار: إن شاء رده عليه، وإن شاء لم يرده.

٩٨٢٦ - وهذا بخلاف ما لو التقط لقيطًا، فجاء به آخر، وانتزعه من يده، ثم اختصما، فالقاضي يدفعه إلى الأول؛ لأنه في الفصل الأول الملتقط أسقط يده باختياره؛ وصار حاله كحال غيره من الناس في طلب الرد، ولا كذلك في الفصل الثاني.

٩٨٢٧ - وإذا وجد العبد لقيطًا، ولم يعرف ذلك إلا بقوله، وقال المولى: كذبت، بل هو عبدي، فالقول قول المولى إن كان العبد محجورًا، وإن كان مأذونًا، فالقول قول العبد؛ لأن العبد بقوله: هذا اللقيط في يدي، مخبر بسقوط حق مولاه عنه؛ لأنه حر، والمحجور لا قول له في إسقاط حق المولى عما في يده، بخلاف المأذون. والله أعلم.

الفصل الثاني
في بيان أحكامه

٩٨٢٨ - شهادة الرقيق بعد ما أدرك جائزة إذا كان عدلاً، وحكم جنايته، والجناية عليه كحكم غيره من الأحرار؛ لأنا حكمنا بحريته باعتبار الظاهر، ويحد قاذفه في نفسه، ولا يحد قاذفه في أمه؛ لأن الأم في صورة الزانيات؛ لأن لها ولد لا يعرف له والد، ولا كذلك نفسه، وميراثه للمسلمين، وعقله ونفقته في بيت مال المسلمين.

٩٨٢٩ - وإذا وجد مع اللقيط مال، فذلك المال له، فيدفعه إليه، وينفقه في ذلك المال، بأمر القاضي الملتقط أن ينفق عليه منه، وقيل: ينفق بغير أمره أيضاً، ويصدق في نفقة مثله، وكذلك إذا وجد على الدابة، فالدابة له.

وعن محمد رحمه الله تعالى في "النوادر": أن اللقيط إن كان بحال يستمسكه، وإن كان بحال لا يستمسك على الدابة، ولا يشد عليها، فالدابة لا تكون له -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

الفصل الثالث
في بيان من يلي عليه

٩٨٣٠ - الولاية على اللقيط للإمام، قال عليه الصلاة والسلام: «السلطان ولي من لا ولي له»[1]؛ ولا يجوز للملتقط عليه عقد النكاح، ولا عقد البيع والشراء؛ لأن نفوذ هذه التصرفات بمعتمد الولاية، ولا ولاية للملتقط على اللقيط، إنما له حق الحفظ والتربية؛ لكونه منفعة محضة في حق اللقيط، ولهذا السبب لا تثبت الولاية.

فإن وجد مع اللقيط مال، أمر القاضي الملتقط أن ينفق عليه من ذلك المال، فما اشترى له من طعام، أو كسوة، فذلك جائز؛ لأن القاضي لما أمره أن ينفق عليه من ذلك المال، فقد أمره بأن يشتري له ما يحتاج إليه من الطعام، والكسوة، والقاضي يملك ذلك بنفسه، فيملكه الملتقط أيضاً بأمره.

٩٨٣١ - وإذا قتل الملتقط خطأ، تجب الدية على عاقلة القاتل، وتكون لبيت مال المسلمين، وإن قتل عمداً، فصالح الإمام القاتل على الدية، جاز، ولو عفى عن القاتل لا يجوز، ولو أراد أن يقتل القاتل، فله ذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، خلافاً لأبي يوسف. وإنما كان له استيفاء القصاص في قولهما؛ لأن القصاص في الأصل شرع لحكمة الحياة على ما قال الله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾[2]، وذلك بطريق الزجر، حتى إذا تفكر الرجل في نفسه أنه لو قتل غيره، يقتل، ينزجر عن قتله، فيكون حياة لهما جميعاً، وهذا المعنى موجود في اللقيط، فكان للإمام أن يستوفي القصاص، وإن شاء مال إلى الدية؛ لأنه مجتهد فيه، وليس له أن يعفو؛ لأنه نصب لاستيفاء حقوق المسلمين، لا لإبطاله.

٩٨٣٢ - وإذا أنفق الملتقط على اللقيط من مال نفسه، إن أنفق بغير أمر القاضي، فهو في ذلك متطوع، وإن أنفق بأمر القاضي إن كان القاضي أمره بالإنفاق على أن يكون ديناً عليه، فإن ظهر له أب كان للملتقط حق الرجوع على أبيه، وإن لم يظهر له أب، فله حق الرجوع عليه

(١) أخرجه النسائي في الكبرى (٥٣٩٤): باب عرض المرأة نفسها على من ترضى، وابن أبي شيبة في مصنفه (١٦٩٢٣، ٣٦١١٧)، وأحمد في مسنده (٢٤٢٠١، ٢٥٢٦٤)، والورع للإمام أحمد (١/ ٩٠).

(٢) سورة البقرة، الآية ١٧٩.

... كبيرة، وإن كان القاضي أمره بالإنفاق، ولم يقل: على أن يكون دينًا عليه، ذكر شيخ الإسلام: أن في المسألة روايتين، وذكر شمس الأئمة السرخسي: أنه لا يكون له حق الرجوع في ظاهر الرواية، وذكر الطحاوي عن أصحابنا: أن له حق الرجوع، والأصح ما ذكر في ظاهر الرواية، كما حكى شمس الأئمة السرخسي، ووجهه أن مطلق الأمر بالإنفاق محتمل، يحتمل أن يكون للحث والترغيب في إتمام ما شرع فيه من التبرع، وإنما ينقطع هذا الاحتمال بالأمر على أن يكون دينًا عليه.

٩٨٣٣- وإذا بلغ اللقيط، وصدق الملتقط فيما ادعى من الإنفاق عليه، رجع عليه بذلك، وإن كذبه كان القول قول اللقيط، وعلى الملتقط البينة؛ لأنه يدعي دينًا لنفسه على اللقيط وهو ينكر.

٩٨٣٤- وفي "المنتقى": لو جعل الإمام ولاء اللقيط للملتقط جاز؛ لأنه قضاء في فصل مجتهد فيه، فإن من العلماء من قال: بأن الملتقط يستحق من حيث إنه أحياه، كالمعتق. والله أعلم.

الفصل الرابع
في دعوى نسب اللقيط ورقه

٩٨٣٥ – [إذا ادعى الملتقط نسب اللقيط، فالقياس أن لا تصح دعوته؛ لمكان التناقض، فإنه زعم أنه لقيطه، وابنه لا يكون لقيطًا، ولأن هذا إقرار على اللقيط، فإنه يلزمه أحكام النسب، والإقرار على الغير لا يصح.

وفي الاستحسان: تصح دعوته؛ لأن هذا إقرار على نفسه من وجه من حيث إنه تلزمه نفقته، ويجب عليه أن يحفظه، ثم وإن كان هذا إقرارًا على اللقيط، فهو إقرار عليه بما ينفعه من كل وجه، وبالالتقاط ثبت له هذه الولاية.

وما يقول: بأنه متناقض، قلنا: نعم، ولكن فيما طريقه طريق الخفاء، فقد يشتبه على الإنسان حال ولده الصغير، فيظن أنه لقيط، ثم تبين له بعد ذلك أنه ولده.

وإن ادعاه رجل، فالمسألة على القياس والاستحسان، ووجه القياس آخرًا: لأنه بالدعوى يريد أن يأخذه من يد الملتقط، فيبطل عليه ما ثبت من الحق، وإذا مات اللقيط وادعى رجل أنه ابنه، لا تصح دعوته، فعلى هذا جواب الاستحسان فرق بين حالة الحياة، وبين ما بعد الموت؛ لأنه في حالة الحياة إنما صحت دعوته؛ لأنه أقر بما ينفع اللقيط من كل وجه، وهو النسب، وبالموت استغنى عن النسب، بقي كلامه دعوى الميراث، فلا يصدق إلا ببينة.

٩٨٣٦ – ولو ادعى الملتقط أن اللقيط عبده، لم يصدق على ذلك؛ لأنا حكمنا بحريته ظاهرًا، فلا يبطل ذلك بمجرد قوله.

ولو ادعى رجل أنه ابنه من امرأته هذه، أو من أمته هذه، وصدقته امرأته أو الأمة، أما تصديق الزوجة فظاهر؛ لأنه أقر عليها بما يلزمها من حقوق النسب، وإقرار الإنسان على زوجته لا يصح إلا بتصديقها، وأما تصديق الأمة، فلأنه وإن أقر على مملوكته، ولكن يلزمها في الحال وبعد الحرية، فإن حقوق النسب كما تلزمها في الحال، تلزمها بعد الحرية، وإقرار المالك على مملوكه بما يلزمها بعد الحرية لا يصح إلا بتصديق المملوك.

٩٨٣٧ – ولو ادعاه عبد أنه ابنه من امرأته هذه وهي أمة، وصدقته المرأة، وصدقهما

(١) أثبتت هذه العبارة من ظ، ومكانها في الأصل بياض.

امرأتي، وقال: هو عبدي، ثبت النسب، وكان اللقيط مملوكًا لمولى الأمة، وهذا قول أبي يوسف رحمه الله تعالى؛ لأن من ضرورة ثبوت النسب من الأمة أن يكون مملوكًا له، وعند محمد رحمه الله تعالى هو حر؛ لأنا حكمنا بثبات نسبه؛ لأنه منفعة، وليس في إبطال الحرية الثابتة من حيث الظاهر نفع، بل فيه ضرر، فيثبت من الرجل، ولا يجعل ابن امرأته هذه.

٩٨٣٨- ولو ادعت امرأة اللقيط أنه ابنها، وهي حرة أو أمة لم يصدق على ذلك إلا ببينة، فإن أقامت امرأة واحدة على أنها ولدته قبل ذلك منه، إذا كانت عدلة حرة أطلق الجواب، ولم يفصل بينهما إذا كان لها زوج، أو لم يكن. من مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: المسألة محمولة على ما إذا كان لها زوج؛ لأنها تحمل النسب على فراش الغير، أما إذا لم يكن لها زوج، فلا يحتاج إلى البينة، وهي والرجل سواء.

ومن المشايخ من أجرى المسألة على إطلاقها. وقال: الحكم في حقها يثبت بحقيقة الولادة، والقابلة وقوف عليها، فلا بد من إقامتها؛ لقبول قولها، فأما في جانب الرجل: الحكم لا ينقطع[1] عن الحقيقة، ويتعلق بالسبب[2] الظاهر، فكان قوله مقبولًا.

٩٨٣٩- ولو ادعى اللقيط ذمي، فالقياس على الاستحسان الذي ذكرنا في المسلم أن لا يصدق، وفي الاستحسان يصدق، ويثبت نسبه منه، ويكون مسلمًا، ووجه ذلك أن إثبات النسب نفع، وإثبات التبعية في الدين ضرر، والنفع ينفصل عن الضرر، فجعلنا النفع ومنعنا الضرر.

٩٨٤٠- وفي المنتقى: الحسن عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه. ويقبل على الملتقط المسلم شهود النصارى أنه ابن نصراني في قولهم جميعًا. يريد به إذا كان الملتقط مسلمًا، فادعى مسلم، أو نصراني أنه ابنه، وأقام على ذلك شهود النصارى تقبل. وقال أبو الحسن: هذا الجواب مستقيم إذا كان الملتقط ذميًا، غير مستقيم فيما إذا كان الملتقط مسلمًا؛ لأنها توجب استحقاق يد الملتقط، وشهادة أهل الذمة لاستحقاق اليد على المسلمين لا تقبل. وقيل أيضًا: هذا الجواب بناء على طريق القياس، لأن على طريق الاستحسان النسب ثبت بالدعوة بدون البينة، فلا حاجة إلى البينة.

٩٨٤١- وإن ادعاه رجلان، يثبت النسب منهما، ولو سبق أحدهما بالدعوة، فهو للسابق، ولا تقبل دعوى الآخر بعد ذلك، إلا أن يقيم الآخر بينة أنه ابنه؛ لأن السبق في

---

(١) هكذا ورد في نسختي ب، م، وورد في الأصل ونسخة ظ: منقطع.

(٢) ورد في نسختي ظ، م: بالنسب الظاهر.

الدعاوي لايتناوم النسبة .

٩٨٤٢- وإن ادعاه امرأتان، فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لايثبت النسب من واحدة منهما؛ لأن ثبات النسب في جانبها يبتني على حقيقة الولادة، واجتماع المرأتين على ولادة ولد واحد لا يكون، بخلاف جانب الرجل؛ لأن الحكم في حقه منقطع عن الحقيقة مبني على السبب، وهو الفراش. وأما على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه فالنسب يثبت من المرأتين، ولكن لا بد من حجة عند التعارض والتنازع، والحجة شهادة امرأة واحدة على رواية أبي حفص، حتى إنه إذا أقام كل واحد منهما امرأة، يثبت النسب منهما، وعلى رواية أبي سليمان: الحجة شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، فإن أقاما ذلك يثبت النسب منهما، ومن لا فلا. وإذا ادعاه الملتقط ورجل آخر، فالملتقط أولى.

٩٨٤٣- وإذا ادعى اللقيط رجلان، كل واحد منهما يدعي أنه ابنه، ووصف أحدهما بعلامات في جسده، وأصاب، ولم يصف الآخر، فقضي للذي وصف، ويجعل إصابة الوصف علامة صدقه في دعواه. وإن لم يصفه واحد منهما، فهو ابنهما. ولو وصفه أحدهما، فأصاب في بعض ما وصف، وأخطأ في البعض، فهو ابنهما

ولو وصفاه، وأصاب أحدهما دون الآخر، قضي للذي أصاب، وكذلك لو قال أحدهما: هو غلام، وقال الآخر: هو جارية، يقضي للذي أصاب.

ولو تفرد رجل بالدعوة، وقال: هو غلام، فإذا هو جارية، أو قال جارية، فإذا هو غلام، لا يقضى له أصلاً.

٩٨٤٤- ولو ادعى رجل أنه ابنه من هذه المرأة الحرة، وادعى آخر أنه عبده، وأقاما البينة، قضى للذي ادعى البنوة، فإن ادعى أحدهما أنه ابنه من هذه المرأة الحرة، وادعى آخر أنه ابنه من هذه المرأة الحرة، قضى للذي ادعى النسب من المرأة الحرة. ثم أقام كل واحد منهما بينة أنه ابنه من هذه المرأة الحرة، وعين كل واحد منهما امرأة أخرى، قضى بالولد بينهما.

٩٨٤٥- وهل يثبت نسب الولد من المرأتين؟ فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: يثبت، وعلى قولهما: لا يثبت.

وإذا ادعى نسبه رجلان، وأقاما البينة، ووقتت بينة كل واحد منهما، فإن عرف أن الصبي على أحد الوقتين، قضي له، وإن كان سن الصبي مشكلاً، يحتمل أن يكون كل واحد من الوقتين، فعلى قول أبي يوسف ومحمد: يسقط اعتبار التاريخ، ويقضى بينهما باتفاق الروايات. وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: فقد ذكر شيخ الإسلام أنه اختلف

الروايات على قول أبي حنيفة رحمه الله، ذكر في رواية أبي حفص: أنه يقضي بينهما. وذكر في رواية أبي سليمان: أنه يقضي لأسبقهما تاريخاً. وذكر شمس الأئمة الحلواني: ذكر في عامة الروايات: أنه يقضي بينهما. وذكر في بعض الروايات: أنه يقضي لأسبقهما تاريخاً. قال رحمه الله تعالى: والصحيح ما ذكر في عامة الروايات.

٩٨٤٦- وفي القدوري: ادعى اللقيط مسلم وذمي، قضي للمسلم؛ لأن منفعة الصبي فيه أكثر. وكذلك إذا شهد للمسلم ذميان، وشهد للذمي مسلمان، قضي للمسلم؛ لأن شهادة كل واحد من المدعيين حجة على صاحبه، فاستويا، فكان الإسلام أولى. وفي الأصل: إذا التقط اللقيط مسلم وذمي، وتنازعا في كونه عند أحدهما، قضي به للمسلم.

الفصل الخامس
في تصرفات اللقيط بعد البلوغ

٩٨٤٧ - اللقيط إذا والى ملتقطه، أو رجلاً آخر بعد ما أدرك جاز، وهذا إذا لم يتأكد ولاؤه لبيت المال، فأما إذا تأكد بأن جنى جناية، وعقل عنه بيت المال لا يجوز موالاته، وإذا بلغ كافراً، وقد وجد في مصر من أمصار المسلمين، يجبر على الإسلام، ولا يقتل استحساناً؛ لأنا حكمنا بالإسلام تبعاً للمكان، وكل من حكم بإسلامه تبعاً لغيره إذا بلغ كافراً يجبر على الإسلام، ولكن لا يقتل استحساناً كالمولود بين المسلمين إذا بلغ كافراً، وإذا أقر بالرق لغيره، وصدقه ذلك الغير في ذلك، كان عبداً له.

قالوا: وهذا إذا لم تتأكد حريته بقضاء القاضي عليه بما لا يقضى به إلا على الأحرار، كالحد الكامل، والقصاص في الطرف، أو ما أشبه ذلك. أما إذا تأكدت حريته بقضاء القاضي لم يعمل إقراره بالرق بعد ذلك.

٩٨٤٨ - وإذا تزوج امرأة بعد ما أدرك، واستدان ديناً، أو بايع إنساناً، أو تكفل بكفالة، أو وهب هبة، أو تصدق بصدقة، وسلمها، أو كاتب عبداً، أو دبره، أو أعتقه؛ ثم أقر أنه عبد لفلان لم يصدق على إبطال شيء من ذلك، وكذلك في سائر التصرفات.

٩٨٤٩ - وإذا كان اللقيط امرأة، وتزوجت بزوج ثم أقرت بالرق لإنسان، وصدقها المقر له، فهي أمة للمقر له، ولكن النكاح بينها وبين الزوج على حاله إذ ليس من ضرورة القضاء برقها بطلان النكاح؛ لأن الرق لا ينافي النكاح ابتداء وبقاء، بخلاف ما إذا أقرت أنها بنت أب زوجها، وصدقها الأب في ذلك حيث يبطل النكاح؛ لأن الأختية تنافي النكاح ابتداء وبقاء، وإذا ثبتت الأختية انتفى النكاح، ولو أعتقها المقر له لا خيار لها؛ لأن إقرارها بالرق لم يعتبر في حق الزوج.

والأصل في ذلك أن كل حكم لحق الزوج، يتضرر به ضرراً لا يمكنه دفعه عن نفسه لا تصدق في إقرارها في حق ذلك الحكم، وفي كل ما يمكنه دفع الضرر عن نفسه تكون مصدقة في حقه، حتى إذا طلقها ثنتين، ثم أقرت بالرق ملك رجعتها، ولا يصير طلاقها ثنتين بإقرارها بالرق؛ لأن الزوج يتضرر بذلك على وجه لا يمكنه دفعه عن نفسه [ولو كان طلقها واحدة،

وتفرقت بالرق بعد ذلك جاز طلاقها شيئًا؛ لأنه متمكن عن دفع الضرر عن نفسه [1] بأن يراجعها ثم يمسكها، ولا يطلقها، وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه الأحكام والله سبحانه وتعالى أعلم

(1) هذه العبارة أثبتت من نسخ ظ [illegible] و [illegible]

كتاب اللقطة

هذا الكتاب يشتمل على أربعة فصول :

الفصل الأول : في أخذ اللقطة ، والانتفاع به وتملكها .
الفصل الثاني : في تعريف اللقطة ، وما يصنع بها بعد التعريف .
الفصل الثالث : فيما يضمن الملتقط ، وفيما لا يضمن .
الفصل الرابع : في الخصومة في اللقطة .

الفصل الأول
في أخذ اللقطة والانتفاع بها وتملكها

٩٨٥٠ - يجب أن يعلم بأن التقاط اللقطة على نوعين: نوع من ذلك يفترض، وهو ما إذا خاف ضياعها، ونوع من ذلك لا يفترض، وهو ما إذا لم يخف ضياعها، ولكن يباح أخذها، أجمع عليه العلماء، واختلفوا فيما بينهم أن الترك أفضل أو الرفع؟ ظاهر مذهب أصحابنا أن الرفع أفضل؛ لأنه لو لم يرفع هو، ربما تصل إليها يد خائنة.

وبعض المتقدمين(١) من أئمة التابعين قالوا: الترك أفضل؛ لأن صاحبها يطلبها في الذي سقطت منه، وإذا تركها، وصل إليها المالك. ومن العلماء من قال: إن كان الرجل عدلاً، يأمن على نفسه الخيانة، فالرفع أفضل، وإن كان فاسقًا، لا يأمن على نفسه الخيانة، فالترك أفضل.

٩٨٥١ - ثم ما يجده الرجل نوعان: نوع يعلم أن صاحبه لا يطلبه، كالنواة في مواضع متفرقة، وقشور الرمان في مواضع متفرقة، وفي هذا الوجه له أن يأخذها، وينتفع بها، إلا أن صاحبها إذا وجدها في يده بعد ما جمعها، فله أن يأخذها، ولا يصير ملكًا للآخذ، هكذا ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده، وشمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب اللقطة، وهكذا ذكر القدوري في شرحه في المسائل المنثورة من كتاب الحظر والإباحة.

ووجه ذلك أن إلقاء هذه الأشياء في الطريق إذن بالأخذ، وإباحة الانتفاع بها عادة، وليس بتمليك؛ لأن التمليك من المجهول لا يكون، والإباحة لا تزيل ملك المبيح، والمباح له ينتفع به على حكم ملكه، فإذا وجدها صاحبها في يده، فقد وجد عين ماله؛ فكان له الأخذ.

وذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الذبائح: أنه ليس للمالك أن يأخذها من يده بعد ما جمعها، وأخذها، ولم تصر ملكًا للآخذ.

٩٨٥٢ - وكذا الجواب في لقط السنابل، فإذا قال الرامي حالة الرمي: فليأخذه من شاء، لا يكون للرامي أن يأخذ بعد ذلك من الآخذ بلا خلاف. وتأويل هذه إذا قال لأقوام معلومين، ذكره الفقيه أبو الليث في فتاواه في كتاب الهبة والصدقة. أما إذا لم يقل ذلك لأقوام معلومين، فيكون للرامي أن يأخذه من الآخذ.

---

(١) ورد في نسخة "ظ": وبعض المتأخرين.

٩٨٥٣- وذكر في كتاب البيوع من فتاوى أبي الليث: رجل رمى بثوبه، لا يجوز لأحد أن يأخذه، إلا إذا قال وقت الرمي: من يأخذه من أراد، وتأويله ما ذكرنا.

وهذا الذي ذكرنا من التأويل في المسألتين اختيار الفقيه أبي الليث. وبعض مشايخنا قالوا: ليس للرامي أن يأخذ بعد ذلك، وإن لم يقل الرامي لأقوام معلومين، ويستدل هذا القائل بقوله عليه الصلاة والسلام حين نحر بدنه: «من شاء اقتطع»(١). ومعلوم أنه لم يخص قوماً معلومين، بل تناول الكل.

ونوع آخر يعلم أن صاحبه يطلبه، كالذهب، والفضة، وسائر العروض، وأشباهها. وفي هذا الوجه له أن يأخذها، ويحفظها، ويعرفها، حتى يوصلها إلى صاحبها. وقشور الرمان والنوى إذا كانت مجتمعة، فهي من النوع الثاني؛ لأن صاحبها لما جمعها، فالظاهر أنه ما ألقاها، إنما سقطت منه، فكانت من النوع الثاني.

٩٨٥٤- وفي مجموع النوازل: إذا وجد جوزة، ثم أخرى، حتى بلغت عشرة، وصار لها قيمة، فإن وجدها في موضع واحد، فهي من النوع الثاني بلا خلاف، وإن وجدها في مواضع متفرقة، فقد اختلف المشايخ فيه. قال الصدر الشهيد: والمختار أنها من الثاني، بخلاف النوى، وقشور الرمان. [وإن وجدها في مواضع متفرقة. والفرق أن الناس في عاداتهم يرمون بالنوى وقشور الرمان](٢)، والرمي بهذه الأشياء إباحة الانتفاع، ولا كذلك الجوز

قيل: إلا إذا وجد تحت أشجار الجوز في الخريف، قد تركها صاحبها عند اجتناء الثمار، وجمعها، فحينئذ له أن يأخذ، وينتفع بها؛ لأن تركها تحت الأشجار في هذا الوقت لانتفاع الناس بها معتاد.

٩٨٥٥- وفي فتاوى أهل سمرقند: الحطب الذي يوجد في الماء، لا بأس بأخذه، والانتفاع به، وإن كان له قيمة، وكذلك التفاح والكمثرى إذا وجد في نهر جار، لا بأس بأخذه والانتفاع به، وإن كثر.

٩٨٥٦- وإذا مر في أيام الصيف بثمار ساقطة تحت الأشجار، فهذه المسألة على وجوه. إن كان ذلك في الأمصار، لا يسعه التناول منها، إلا أن يعلم أن صاحبها قد أباح ذلك إما نصاً أو دلالة؛ لأنه لا عادة ثمة في الإباحة.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) هذه العبارة وردت في جميع النسخ التي نجد عندنا دون الأصل.

وإن كان في الحائط، والثمار مما يبقى، كالجوز ونحوه، لا يسعه الأخذ إلا إذا علم الإذن. وإن كان الثمار مما لا تبقى، تكلم المشايخ فيه، منهم من قال: لا يسعه أن يأخذ ما لم يعلم أن صاحبها قد أباح ذلك، ومنهم من قال: لا بأس به ما لم يعلم النهي، إما صريحًا، أو دلالة، وهو المختار.

وإن كان ذلك في الرساتيق الذي يقال بالفارسية بيرامنه، وكان ذلك من الثمار التي تبقى لا يسعه الأخذ إلا إذا علم الإذن، وإن كان ذلك من الثمار التي لا تبقى يسعه الأخذ بلا خلاف ما لم يعلم النهي.

وهذا الذي ذكرنا كله إذا كانت الثمار ساقطة تحت الأشجار [فأما إذا كانت على الأشجار][١]، فالأصل أن لا يأخذ في موضع ما، إلا أن يأذن، إلا إذا كان موضع كثير الثمار يعلم أنه لا يشق عليهم ذلك، فيسعه الأكل، ولا يسعه الحمل، وفي "واقعات الصدر الشهيد": حمل الحمل من السقاية إلى منزله يكره ولا يحل.

٩٨٥٧- في "فتاوى أهل سمرقند": امرأة رفعت ملاءة امرأة وتركت ملاءتها عوضًا، ثم جاءت المرأة التي تركت حتى أخذت ملاءتها، وأخذت ملاءة المرأة الآخذة ليس لها أن تنتفع بها، وطريق ذلك أن تتصدق بهذه الملاءة على ابنتها إن كانت فقيرة على نية أن الصواب لصاحبتها إن رضيت، ثم تهب الابنة الملاءة منها، فيسعها الانتفاع بها؛ لأنها بمنزلة اللقطة، ولا يحل لها الانتفاع بها [ابتداء][٢] إن كانت غنية، ويحل إن كانت فقيرة، وكذلك الجراب في المكعب إذا سرق وترك عوضًا.

٩٨٥٨- في "فتاوى أبي الليث": إذا كان في المقبرة حطب، يجوز للرجل أن يحتطب منها، هكذا ذكر في "العيون"، وهذا إذا كانت يابسة، وأما إذا كانت رطبة يكره، كذا ذكر في "فتاوى أبي الليث"؛ لأنه ما دام رطبًا يسبح، وربما يكون للميت أنس بتسبيحها، ولهذا قلنا: بيع الحشيش الرطب بلا حاجة لا يستحب؛ لأنه ما دام رطبًا يسبح.

٩٨٥٩- وفي "شرح القدوري": في كتاب الحظر والإباحة عن أبي يوسف: في رجل ألقى شاة ميتة، فجاء آخر وأخذ صوفها، كان له أن ينتفع به، ولو جاء صاحبها بعد ذلك له أن يأخذ الصوف منه، ولو سلخها، ودبغ جلدها، ثم جاء صاحبها كان له أن يأخذ الجلد، ويرد ما زاد الدباغ فيه.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ورد هذه الكلمة في نسخة م

٩٨٦٠- وفي «واقعات الناطفي»: إذا سقط في الطريق في أيام يصنع القز ورق الشجر الذي ينتفع بورقه كالتوت، وأشباهه، فليس له أن يأخذه، وإن أخذ ضمنه؛ لأنه مملوك منتفع، وإن كان ورق شجر لا ينتفع به له أن يأخذه.

٩٨٦١- في «فتاوى الفضلي»: الزارع إذا التقط السنابل بعد ما حصد الزرع، وجمعها كانت له خاصة؛ لأنه لم يلتقط الزارع، ولم يلتقطه رب الأرض، فكانت مباحة الأصل. وقال: وهي كثوب خلق رمى به صاحبه، فرفعه غيره كان له، وقد ذكرنا مسألة الثوب قبل هذا. وفي مزارعة «النوازل»: مبطخة فيها بقية، فانتهبها الناس، قال الفقيه أبو بكر: إذا تركها أهلها ليأخذ من شاء ذلك فلا بأس به، وهو نظير من رفع زرعه وترك ثمة سنابل، فالتقط غيره، فلا بأس به، كذا ههنا.

٩٨٦٢- في «النوازل»: مسائل يجتمع للدهانين في إنائهم من الدهن الذي يقطر من الأوقية، هل يطيب لهم؟ إن كان الدهان يسيل الدهن من خارج الأوقية لا من داخلها يطيب؛ لأن ما هو خارج الأوقية فليس بمشترى، وإن كان الدهن يسيل من داخل الأوقية، أو من الداخل والخارج ولا يعلم، فإن زاد الدهان لكل واحد من المشترين شيئًا طاب له ما يقطر، وإن لم يزد لا يطيب، ويتصدق به، ولا ينتفع به إلا أن يكون محتاجًا؛ لأن سبيله سبيل اللقطة، والحكم في اللقطة هذا على ما تبين -إن شاء الله تعالى-.

٩٨٦٣- قوم أصابوا بعيرًا مذبوحًا في طريق البادية إن كان قريبًا من الماء، ووقع في القلب أن صاحبه فعل ذلك؛ لأنه أباح للناس، فلا بأس بالأخذ، والأكل في العيون.
وفي «فتاوى أهل سمرقند»: إذا أذن فيها صاحبها جاز الأخذ والأكل.

٩٨٦٤- في كراهية «فتاوى أهل سمرقند»: رجل له دار يؤاجرها، فجاء إنسان بإبل، وأناخ في داره، واجتمع من ذلك بعر كثير، قال: إن ترك صاحب الدار ذلك على وجه الإباحة، ولم يكن من دأبه أن يجمع، فكل من أخذ، فهو أولى [وإن كان دأب صاحب الدار أن يجمعها، فصاحب الدار أولى][1]؛ لأنه أعد الدار للآخر.

في «نوادر هشام»: سرقين الدابة في الخان إذا ذهب صاحبها، فهي لمن أخذها، لا لصاحب الخان.

٩٨٦٥- وفي «فتاوى الفضلي»: رجل قطع دارًا سنين معلومة، وسكنها، فاجتمع فيها سرقين كثير، وقد حضره القاطع، فهو أحق بها مكانه. وإن لم يفعل ذلك أحد فهو لمن سبقت

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف.

الفصل الثاني
في تعريف اللقطة، وما يصنع بها بعد التعريف

٩٨٧٠- قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني: أدنى ما يكون من التعريف أن يشهد عند الأخذ، ويقول: أخذتها لأردها، فإن فعل ذلك، ثم لم يعرفها بعد ذلك كفى.

ومن المشايخ من قال: يأتي على ذلك أبواب المساجد، وينادي، وقد ذكر محمد في الكتاب: يعرفها حولاً، ولم يفصل بين القليل والكثير.

٩٨٧١- وعن محمد روايتان: روى الحسن عنه في المجرد: إن كانت مائتي درهم فما فوقها يعرفها حولاً، وإن كانت أقل من [مائتي درهم إلى عشرة يعرفها شهراً، وإن كانت أقل من عشرة، يعرفها ثلاثة أيام. وروى محمد عنه: إن كانت عشرة فما فوقها يعرفها حولاً، وإن كانت أقل من](1) عشرة يعرفها على حسب ما يرى.

وروى الحسن عن أصحابنا: إن كانت مائتي درهم فصاعداً، يعرفها حولاً، وإن كانت عشرة فصاعداً يعرفها شهراً، وإن كانت [ثلاثة فصاعداً يعرفها، وإن كانت](2) درهماً فصاعداً، يعرفها ثلاثة أيام، وإن كانت دانقاً يعرفها يوماً، وإن كانت دون ذلك ينظر يمنة ويسرة، ويضعها في كف فقير.

والفقيه أبو جعفر كان يقول: إذا التقط مالاً عظيماً بأن كان كيس ألف درهم، أو مائة دينار يعرف ثلاثة أحوال.

٩٨٧٢- وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي يحكي عن الشيخ الإمام، أنه كان يروي عن محمد: تعرف اللقطة ثلاث سنين قل أو كثر. وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي يقول: شيء من هذا ليس بتقدير لازم، بل يبنى الحكم على غالب الرأي، ويعرف القليل والكثير إلى أن يغلب على رأيه أن صاحبه لا يطلبه بعد ذلك.

٩٨٧٣- وفي «المنتقى»: قدر مدة التعريف في العصفور والطائر يوم، ثم على قول من

---

(١) هذه العبارة وردت في هامش «ب».

(٢) هكذا هذه العبارة في نسخة «م».

قدر مدة التعريف بحول ، أو أكثر ، اختلف المشايخ فيه ، بعضهم قالوا : يعرفها كل جمعة ، وبعضهم قالوا : ستة أشهر .

٩٨٧٤ - وهذا كله إذا كانت اللقطة شيئًا يبقى ، وأما إذا كانت شيئًا لا يبقى يعرفها إلى أن ينتهي إلى وقت يخشى عليها الفساد ، ثم بعد مضي مدة التعريف لو لم يظهر لها طالب ، يرفعها إلى الإمام . هكذا ذكر في "النوادر" ، ولم يذكر في "المبسوط" أن الملتقط يرفعها إلى الإمام .

قال في "الملتقى" : وقال أبو يوسف والحسن : له أن يأمر غيره ويعطيها حتى يعرفها . يريد به إذا عجز عن التعريف بنفسه .

٩٨٧٥ - وإن مات في يده فلا ضمان على أحد في ذلك ، ثم إذا دفعها إلى الإمام ، كان للإمام الخيار ، إن شاء قبل منه ، وإن شاء لم يقبل ، فإن قبل فهو بالخيار ، إن شاء عجل صدقتها على الفقراء ، وإن شاء أقرضها من رجل موثوق عليه ، وإن شاء دفعها مضاربة . والحاصل أن الإمام نصب ناظرًا ، فيفعل ما رآه أصلح في حق صاحب اللقطة . وإذا رد على الملتقط ، فالملتقط بالخيار ، إن شاء أمسكها ، وأدام الحفظ فيها حتى يظهر لها طالب ، وإن شاء تصدق بها ، على أن يكون الثواب لصاحبها ، وإن شاء باعها إن لم يكن ذو غيره أو غائب ، وأمسك ثمنها ، فإن تصدق ، وحضر صاحبها ، فهو بالخيار إن شاء نفذ الصدقة ، والثواب له ، وإجازة الصدقة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء ، وإن شاء لم يجز الصدقة .

وعند عدم الإجازة إن كانت قائمة في يد الفقير أخذها منه ، وإن كانت هالكة ، كان له الخيار ، إن شاء ضمن الفقير ، وإن شاء ضمن الملتقط .

فإن قيل : كيف ضمن الملتقط ، وقد تصدق بإذن الشرع ؟

قلنا : الشرع ما أمره بالتصدق ، وإنما أذن له بذلك ، ومثل هذا الإذن يسقط الإثم ، أما لا يسقط عصمة يثبت حقًا للعبد ، كالإذن في الرمي إلى الصيد ، وحكي عن القاضي الإمام أبي جعفر أنه كان يقول : ما ذكر في الكتاب محمول على ما إذا تصدق بغير أمر القاضي ، أما إذا تصدق بأمر القاضي ، فليس للمالك أن يضمن الملتقط .

٩٨٧٦ - وإن كان الملتقط محتاجًا ، فله أن يصرف اللقطة إلى نفسه بعد التعريف ؛ لأن الصرف إلى فقير آخر لإيصال الثواب إلى المالك ، وفي حق هذا المعنى الصرف إلى فقير آخر ، والصرف إلى نفسه سواء .

فإن كان غنيًا ، فليس له أن يصرفها إلى نفسه[1] .

(١) ورد في نسخة "ف" : نصه كالنقطة

٩٨٧٧- فإن باع القاضي، أو باع الملتقط بأمر القاضي، ثم حضر صاحبها، لم يكن له إلا الثمن؛ لأن البيع نفذ بولاية شرعية.

فإن باعها بغير أمر القاضي، ثم حضر صاحبها، أو هي قائمة في يد المشتري، كان لصاحبها الخيار، إن شاء أجاز البيع، وأخذ الثمن، وإن شاء أبطل البيع، وأخذ عين ماله؛ لأن هذا بيع صدر لا عن ولاية، فيتوقف على إجازة المالك.

وإن كانت قد هلكت، فالمالك بالخيار، إن شاء ضمن البائع، وعند ذلك ينفذ البيع من جهة البائع في ظاهر الرواية، وبه أخذ عامة المشايخ. وفي رواية أخرى يبطل البيع، وبه أخذ بعض المشايخ.

٩٨٧٨- وفي الوديعة إذا باعها المودع، وسلمها إلى المشتري، فهلكت في يد المشتري، ثم إن المالك ضمن البائع، لم ينفذ البيع باتفاق الروايات؛ هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه. وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه: أن بيع المودع ينفذ من جهته، كبيع الملتقط، وأشار إلى المعنى الجامع، فقال: الملتقط حين رفعها ليبيعها بغير أمر القاضي، صار ضامناً لها، فيستند ملكه إلى تلك الحالة، فينفذ بيعه، والمودع حين رفعها ليبيعها، لا يصير ضامناً ليستند إلى تلك الحال، فينفذ بيعه، وإن شاء ضمن المشتري قيمتها، ورجع بالثمن على البائع، وجعل استرداد القيمة من يده بمنزلة استرداد العين من يده.

٩٨٧٩- في وديعة أهل سمرقند: غريب مات في دار رجل، وليس له وارث معروف، وخلف من المال ما يساوي خمسة دراهم، وصاحب الدار فقير، فأراد أن ينفقها على نفسه، فله ذلك؛ لأنه في معنى اللقطة.

الفصل الثالث
فيما يضمن الملتقط، وفيما لا يضمن

٩٨٨٠- إذا هلكت اللقطة في يد الملتقط، فهذا على ثلاثة أوجه: أحدها: أن يأخذها ليردها على المالك، ويشهد عند الأخذ شاهدين أنه إنما أخذها ليردها على المالك، وفي هذا الوجه لا ضمان؛ لأن أخذها ليردها على المالك مندوب إليه شرعاً، فلا يصلح سبباً للضمان.

الوجه الثاني: إذا أخذها لنفسه، وأنه ظاهر، وفي هذا الوجه هو ضامن؛ لأنه متعدٍّ في الأخذ لنفسه، فيصير به غاصباً ضامناً.

٩٨٨١- الوجه الثالث: إذا ادعى أنه أخذها ليردها على المالك، إلا أنه لم يشهد على ذلك، ولكن صدقه المالك أنه أخذها ليردها على المالك، وههنا لا ضمان، وإن كذبه المالك في ذلك، وادعى أنه أخذها لنفسه، فعند أبي يوسف القول قول الملتقط مع يمينه؛ لأن الظاهر شاهد له؛ لأن الظاهر مباشرة ما هو حلال، والحلال ههنا الأخذ للرد على المالك. وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: القول قول صاحب اللقطة؛ لأن الأصل في عمل كل امرئ أن يكون لنفسه ما لم يقم دليل يدل على العمل لغيره، وذلك الدليل ههنا الإشهاد، وإذا ترك الإشهاد، ولم يوجد دليل العمل لغيره، عمل به بقضية الأصل.

٩٨٨٢- وإن أشهد أنه التقط لقطة، أو ضالة، أو قال: عندي لقطة، فمن سمعتموه يطلب اللقطة فدلوه علي، فلما جاء صاحبها، قال: قد هلكت، فهو مصدق، ولا ضمان عليه؛ لأنه بين بصدر الكلام أنه أخذ للرد، وأنه أمين فيها، وقول الأمين في دعوى الهلاك مقبول، ولا يضره أن لا يسمي جنسها ولا صفتها في التعريف؛ لأنه ترك تسمية ذلك لتحقيق الحفظ على المالك، حتى لا يسمع ذلك إنسان، فيدعيها لنفسه، ويرفع الأمر إلى القاضي، يرى الاستحلاف لنصب العلامة، وفيه خلاف العلماء على ما يأتي بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

ولو وجد لقطتان، أو ثلاثة، وقال: من سمعتموه ينشد ضالة، فدلوه علي. فهذا تعريف للكل، ولا ضمان إن هلكت عنده.

وفي «فتاوى أهل سمرقند»: لقطة في طريق، أو مفازة، ولم يجد أحداً يشهده عليه عند الأخذ، قال: يشهد إذا ظفر بمن يشهد عليه، فإذا فعل ذلك لا يضمن؛ لأنه ليس في وسعه أكثر

من هذا، وإن وجد من يشهده، فمو يشهد، حتى جاوزه ضمن؛ لأنه ترك الإشهاد مع القدرة عليه. وإذا التقط لقطة ليعرفها، ثم ردها إلى مكانها الذي وجدها فيه، فلا ضمان عليه نصبا، وإن هلكت قبل أن يصل إليها صاحبها، أو استهلكها غيره؛ لأن الأخذ ليردها على المالك لا يصلح سببا للضمان، والرد إلى مكانه لا يصلح سبباً، فامتنع وجوب الضمان.

قال الحاكم الشهيد في إشاراته: إن ما ذكر في الكتاب محمول على ما إذا أعادها إلى مكانها قبل أن يحولها عن ذلك الموضع، أما إذا أعادها بعدما حولها، ضمن. وإليه ذهب الفقيه أبو جعفر. وروي عن محمد أنه إذا مشى خطوتين، أو ثلاث خطوات ثم ردها[1]، ووضعها في الموضع الذي أصابها فيه، برئ من الضمان، فلم يعتبر هذا القدر من التحويل.

وإن كان أخذها لنفسه، ثم ردها إلى مكانها، هو ضامن لها؛ لأنه صار ضامناً بالأخذ، والضمان متى وجب، لا تقع عنه البراءة إلا بالرد على المالك، والإعادة إلى مكانها ليس برد على المالك. وهو نظير ما لو غصب من آخر دابة، ثم ردها على مالكها، فلم يجدها، وربطها على بابها.

وفي "المنتقى": عن أبي يوسف إذا ردها إلى مكانها من غير أن ذهب بها، ثم ردها [فلا ضمان من غير فصل بينما إذا أخذها لنفسه، أو أخذها ليعرفها، فإذا ذهب بها، ثم ردها][2]، إلى مكانها، ضمن على كل حال.

وقيل: إذا اعتقد مع الإشهاد أنه يأخذ لنفسه، فهو ضامن فيما بينه وبين الله، وإذا اعتقد التعريف مع ترك الإشهاد، فلا ضمان. وقيل: هذا التفصيل فيما إذا أخذها لنفسه، أما إذا أخذها ليعرفها، فلا ضمان عليه من غير تفصيل، كما ذكر في الكتاب.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الفصل الرابع
في الخصومة في اللقطة والاختلاف فيها والشهادة

٩٨٨٣ – في المنتقى: ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله في رجل التقط لقطة، وضاعت منه، ثم وجدها في يدي رجل آخر، فلا خصومة بينهما. قال: وليس الملتقط في هذا كالمستودع، والفرق وهو: أن المستودع مأمور بالحفظ من جهة المالك أيضاً، ولا يتهيأ له الحفظ إلا بالاسترداد [فكان مأموراً من جهة المالك بالاسترداد][1] والخصومة، ولا كذلك الملتقط.

٩٨٨٤ – إذا وجد الرجل لقطة، وهي دراهم أو دنانير، فجاء رجل، وادعى أنها له، وسمى وزنها، وعددها، ووعاءها، وأجناسها، فلم يصدقه الملتقط، فعلى قول مالك: يجبر الملتقط على ردها إليه، وعلى قول علمائنا: لا يجبر، بل له الخيار، إن شاء دفعها، وإن شاء أبى، حتى يقيم البينة؛ لأن إصابة العلامة محتمل في نفسه، قد يكون ذلك جزافاً، وقد يعرف الإنسان ذلك في ملك غيره، وقد يسمع من مالكه عند طلبه، والمحتمل لا يكون حجة الإلزام.

فإن دفعها إليه أخذ منه كفيلاً نظراً منه لنفسه، فلعل يأتي مستحقها، فيضمنه إياه، ولا يتمكن من الرجوع على هذا الآخذ؛ لأنه يخفي شخصه، فيحتاط بأخذ الكفيل، وإن صدقه دفعها إليه.

ولم يذكر محمد في الأصل أنه إذا أبى هل يجبر على الدفع؟ وقد اختلف المشايخ فيه: بعضهم قالوا: لا يجبر، وقاسه على ما إذا كان في يدي رجل وديعة، جاء رجل، وقال: أنا وكيل المودع في استرداد الوديعة منك، فصدقه، لا يجبر على الدفع إليه؛ لأنه أقر بحق القبض في ملك الغير، فكذا هذا.

وبعضهم قالوا: يجبر على الدفع إليه، بخلاف[2] مسألة الوديعة، والفرق أن في مسألة الوديعة الملك للغير الذي حضر ظاهر في الوديعة، وأما في اللقطة فليس للغير الذي حضر ملك ظاهر.

ثم إذا دفعها إليه في هذه الصورة، فجاء آخر، وأقام بينة أنها له، إن كان العين قائماً في يد القابض، يقضي بالعين للمدعي، فإن كان هالكاً، كان للمدعي خيار في التضمين، فإن

[1] وردت هذه العبارة في نسخة م.

(٢) ورد في نسخة ف: لأنه بخلاف، مكان: بخلاف.

ضمن القابض، فالقابض لا يرجع على الملتقط، وإن ضمن الملتقط، فالملتقط هل يرجع على القابض؟ ذكر هذه المسألة في كتاب اللقطة في موضعين، قال في موضع: يرجع.

ومن المشايخ من وفق بين الروايتين، والأصح أن في المسألة روايتين، والاعتماد على رواية الرجوع.

٩٨٨٥- وإذا وجد شاة، أو بقرة، أو بعيراً، وحبسها، وأنفق عليها في مدة التعريف، ثم جاء رجل، وأقام البينة أنها له لم يرجع عليه بما أنفق، إلا إذا كان الإنفاق بأمر القاضي. وإذا رفع الأمر إلى القاضي، فالقاضي لا يأمره بالإنفاق ما لم يقم بينة أنه التقطها نظراً للمالك، وقدمنا تفسيره قبل هذا.

فإن قال: لا بينة لي، فالقاضي يقول له: أنفق عليها إن كنت صادقاً، فإن كان صادقاً يرجع، وإن كان كاذباً لا يرجع.

قالوا: إذا كانت اللقطة شيئاً يخاف عليها الهلاك متى لم ينفق عليها، يأمر القاضي بالإنفاق عليها، إلا أن يقيم البينة، فالقاضي يقول له: أنفق عليها إن كنت صادقاً، فإن أقام البينة عند القاضي، يأمره بالإنفاق يومين، أو ثلاثة.

بعد هذا إن كانت اللقطة شيئاً يمكن إجارتها، تؤاجر، وينفق عليها من الأجر، وإن كانت شيئاً لا يمكن إجارتها، باعها القاضي له بنفسه، أو أمر الملتقط بالبيع، ويعطي الملتقط من الثمن ما أنفق بأمره.

وإن لم يبعه حتى جاء صاحبها، وأقام بينة، فقضى القاضي بها له، وقضى عليه بما أنفق الملتقط، كان للملتقط أن يحبسها منه، حتى يعطيه ما أنفق. وهذا لا يشكل فيما إذا أمر بالإنفاق على أن يكون ديناً على صاحبها. أما إذا لم يشترط ذلك، فظاهر ما ذكر في هذا الكتاب، يقتضي الرجوع.

قال شيخ الإسلام: يجب أن يكون في المسألة روايتان على نحو ما بينا في اللقيط.

٩٨٨٦- في «المنتقى»: إذا قال الرجل: وجدت لقطة فضاعت في يدي، وقد كنت أخذتها لأردها على المالك، وأشهدت بذلك، وكان الأمر كما قال من الأخذ بالرد على المالك، والإشهاد بذلك إلا أن صاحبها يقول: ما كانت لقطة، وإنما وضعتها بمعنى لأرجع، وأخذها، فإن كان في موضع ليس بقربه أحد، أو كان في طريق، فالقول قول الملتقط إذا حلف أنها ضاعت عنده، وإن كان لا يدري ما قصته ضمن الملتقط، وإن قال صاحبها: أخذتها من منزلي، وقال الملتقط: أخذتها من الطريق ضمن. وإن وجدها في دار قوم، أو في دهليز، أو

كتاب الإباق

يشتمل هذا الكتاب على ستة فصول:

الفصل الأول: في أخذ الآبق.
الفصل الثاني: في بيان مقدار الجعل.
الفصل الثالث: في بيان من يستحق الجعل، ومن لا يستحق الجعل.
الفصل الرابع: في بيان وجوب الضمان على الآبق.
الفصل الخامس: في بيان الاختلاف الواقع في الإباق.
الفصل السادس: في تصرفات الآبق.

الفصل الأول
في أخذ الآبق، وما يصنع به بعد الأخذ

٩٨٩١ - ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرح المبسوط: أنه ينبغي للواجد أن يأتي بالآبق إلى الإمام، وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرحه: أن الواجد بالخيار إن شاء حفظه بنفسه، وإن شاء دفعه إلى الإمام. قال رحمه الله تعالى: وكذلك الضالة، والضالة للواجد فيه بالخيار.

٩٨٩٢ - قال شمس الأئمة الحلواني: إذا جاء به إلى القاضي، وقال: هذا عبد آبق، أخذته، هل يصدقه القاضي من غير بينة؟ اختلف المشايخ فيه. ثم إذا صدقه، وأخذه منه، حبسه، ويكون هذا الحبس بطريق التعزير، ومن هذا نص على الفرق بين الآبق، والضالة، والضالة، فإن القاضي لا يحبسهما، لأنهما لا يستحقان التعزير، ولا كذلك الآبق. وينفق عليه في مدة الحبس من بيت المال، لأنه محتاج إلى النفقة، عاجز عن الكسب ما دام محبوساً، ولو أمره القاضي أن يخرج، ويكتسب يأبق ثانياً، فكان النظر في الإنفاق عليه من بيت المال.

وإذا حبسه الإمام، فجاء رجل، وأقام بينة أنه عبده، قبل القاضي بينته، ولم يذكر محمد أن القاضي هل ينصب خصماً؟ قال شمس الأئمة الحلواني: اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: القاضي ينصب خصماً، ثم يقبل منه البينة، وبعضهم قالوا: يقبل القاضي هذه البينة من غير أن ينصب عنه خصماً، وطريقه ما ذكرنا في هذا.

قالوا: ويحلف القاضي: بالله ما بعته، ولا وهبته، ثم يدفعه إليه.

فإن قيل: كيف يستحلف وليس هنا خصم حاضر يدعي ذلك؟

قلنا: يستحلف صيانة لقضائه، أو يستحلف نظراً لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتري، أو موهوب له. فإذا حلف دفعه إليه، وهل يأخذ منه كفيلاً؟ ذكر في رواية أبي حفص: لا أحب له أن يأخذ منه كفيلاً، ولو أخذ لا يكون مسيئاً، وذكر محمد في رواية أبي سليمان: أحب إلي أن يأخذ منه كفيلاً، ولو لم يأخذ، لا يكون مسيئاً.

واختلف المشايخ فيه، منهم من قال: ما ذكر في رواية أبي حفص قول أبي حنيفة رحمه الله، وما ذكر في رواية أبي سليمان قولهما، بناء على أن أبا حنيفة رحمه الله لا يرى أخذ الكفيل للمجهول، وهما يريان ذلك، ومنهم من قال: في المسألة روايتان، وهو الأصح.

ولكن ما ذكرنا في رواية أبي سليمان أحوط، لجواز أن يجيء له مستحق آخر.

٩٨٩٣ - وإن لم يكن للمدعي بينة، وأقر العبد أنه عبده، دفعه إليه، ويأخذ منه كفيلاً؛ لأن العبد مع المدعي تصادقا على أنه ملك المدعي، ولا منازع لهما. ولم يذكر في الكتاب أن القاضي يتخير في الدفع إليه، أو يجب عليه الدفع، إن ذكر دفعه إليه. وقد اختلف المشايخ فيه، وإنما يأخذ الكفيل ههنا؛ لأن الدفع إليه لم يكن بحجة عند القاضي، فلا يلزمه ذلك بدون الكفيل، بخلاف الفصل الأول على إحدى الروايتين.

٩٨٩٤ - وإن لم يجئ للعبد طالب، وطال ذلك، باعه القاضي، وأمسك ثمنه، ولا يؤاجره [بخلاف العبد الضال إذا جيء به إلى القاضي، فالقاضي لا يبيعه، بل يؤاجره](١)؛ لأن الآبق لا يؤمن إباقه لو آجره، ولو لم يبعه، وعسى يأتي نفقته على جميع ثمنه، فكان البيع أنفع في حق المولى، ولا كذلك الضال، فإنه يؤمن منه الإباق، بخلاف الإجارة، وفيها إبقاء ملك العين على ملك المولى، وذلك أنفع في حق المولى. ثم القاضي يرجع بما أنفق على الآبق مدة حبسه في ثمنه إذا باعه، وإذا حضر مولاه، يرجع عليه بذلك.

آخذ الآبق إن قدر على أخذه أفضل من الترك، وفي أخذ الضال اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى.

---

(١) هذه العبارة وردت في [illegible]

الفصل الثاني
في بيان مقدار الجعل

٩٨٩٥- إذا أخذ آبقًا وردّه على مولاه، إن أخذه من مسيرة سفر أو أكثر، وقيمته أكثر من أربعين درهمًا، فله أربعون درهمًا، لا يزاد عليه. وإن كانت قيمته أربعين ينقص من الأربعين درهم عند محمد، وهو قول أبي يوسف الأول، وفي قوله الآخر: له الجعل كاملاً؛ لأن وجوب الجعل عرف بإيجاب الصحابة، وهم أوجبوا أربعين درهمًا من غير أن تعرضوا لقيمة العبد.

[وإن كانت قيمته](١) دون أربعين درهمًا، ففي قول محمد، وهو قول أبي يوسف الأول: يحط عن قيمته درهم، ويجب الباقي، حتى إذا كانت قيمته عشرة دراهم يجب تسعة دراهم. وعلى قول أبي يوسف الآخر: يجب الجعل كاملاً. وروي عن أبي يوسف رواية أخرى: فيما إذا كانت قيمته أربعين، أنه ينقص من الجعل ما يقطع فيه اليد.

وإن كان الأخذ في المصر أو خارجًا منه، ولكن فيما دون مسيرة سفر، يرضخ له، هكذا ذكر في الأصل.

٩٨٩٦- وفي «المجرد» عن أبي حنيفة: إذا وجده في المصر فلا شيء له. ثم إذا وجب الرضخ إن اصطلح الراد والمردود عليه على شيء، فالمراد ذلك، وإن اختصما عند القاضي، فالقاضي يقدر الرضخ على قدر المكان، هكذا قاله بعض المشايخ. وتفسيره: أنه وجب للراد من مسيرة ثلاثة أيام أربعون درهمًا، فيكون بإزاء كل يوم ثلاثة عشر درهمًا وثلث درهم، فيقضي بذلك إن رده من مسيرة يوم. وإليه أشار في الكتاب. وبعضهم قالوا: يفوض إلى رأي الإمام، وهذا أيسر بالاعتبار.

٩٨٩٧- قال محمد رحمه الله تعالى في «الأصل»: والحكم في رد الصغير كالحكم في رد الكبير إن رده من مسيرة السفر، فله أربعون درهمًا، وإن كان رده فيما دون مسيرة السفر، فله الرضخ، ويرضخ في الكبير(٢) أكثر مما يرضخ في الصغير، إن كان الكبير أشدهما مؤنة.

قالوا: وما ذكر من الجواب في الصغير محمول على ما إذا كان صغيرًا لا يعقل الإباق فهو

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من [illegible].

(٢) ثبتت هذه [illegible] في النسخ التي عندنا كلها دون الأصل.

ضال، ورد الضال لا يستحق الجعل، وقد نص على هذا التفصيل في "المنتقى".

٩٨٩٨- وإذا كان الآبق بين رجلين، فالجعل عليهما على قدر انصبائهما، فإن كان أحد المولين حاضراً، والآخر غائباً، فليس للحاضر أن يأخذه، حتى يعطيه جعله كله، وإذا أعطاه لم يكن متطوعاً؛ لأنه مضطر في أداء حصة صاحبه. وهو نظير المشتريين صفقة واحدة إذا أدى أحدهم كل الثمن. وإن كان الآبق لرجل والراد له رجلان، فالجعل بينهما على السواء.

٩٨٩٩- وإن كان الآبق رهناً، فجاء به رجل، فهو رهن على حاله، والجعل على المرتهن إن كان قيمته مثل الدين، فإن كان أكثر، فبقدر الدين عليه، والباقي على الراهن؛ لأن الجعل للراد بسبب إحياء المالية، والإحياء بقدر الدين جعل للمرتهن.

ألا ترى أنه لو لم يرده حتى تحقق التوى، يسقط دين المرتهن، والجعل يخالف النفقة، فإن نفقة المرهون على الراهن، وجعل المغصوب إذا أبق من يد الغاصب على الغاصب.

٩٩٠٠- وإذا كان الآبق خدمته لرجل، ورقبته لرجل، فالجعل على صاحب الخدمة؛ لأن منفعة الرد في الحال لصاحب الخدمة، فكان هو المخاطب بالجعل في الحال. فإذا انقضت الخدمة رجع صاحب الخدمة بالجعل على صاحب الرقبة، أو يباع العبد فيه؛ لأن صاحب الرقبة صاحب أصل.

٩٩٠١- ولمن جاء بالعبد الآبق أن يمسكه، حتى يستوفي الجعل؛ لأنه استوجب الجعل بإحياء المالية، فكان المال استوجب تعلقاً بالمالية، فيحبسه كما يحبس البائع المبيع بثمنه.

وإن هلك في يده بعد ما قضى القاضي له بالإمساك بالجعل، أو قبل المرافعة إلى القاضي، فلا ضمان، ولا جعل.

وإذا صالح الذي جاء بالآبق مع مولاه من الجعل على عشرين درهماً، جاز؛ لأنه يجوز بدون حقه. وإن صالح على خمسين درهماً، ولا يعلم أن الجعل أربعون، جاز بقدر أربعين، وبطل الفضل.

٩٩٠٢- وإذا أبقت الأمة، ولها صبي رضيع، فردهما رجل، فله جعل واحد. وإذا رجع الموهوب في الهبة بعد ما رد الموهوب عن إباقه، فالجعل على الموهوب له؛ لأن الرد إحياء المالية له بالرد، فزال ملكه بعد ذلك بالرجوع، كزوال ملكه بموت العبد -والله أعلم-.

الفصل الثالث
فيمن يستحق الجعل، ومن لا يستحق

٩٩٠٣- قال محمد رحمه الله تعالى في "الأصل": راد المكاتب لا يستحق الجعل؛ لأن استحقاق الجعل بالرد لإحياء مالية الرقبة بالرد، وذلك لا يوجد في المكاتب؛ لأن حق المولى في بدل الكتابة في ذمته خاصة، ولا يصير ذلك على شرف الهلاك بإباقه، حتى يكون في الرد إحياء.

٩٩٠٤- وكراد المدبر، وأم الولد الجعل. وهذا الجواب مشكل في أم الولد؛ لأن الجعل يستحق بإحياء المالية، ولا مالية لأم الولد، خصوصاً عند أبي حنيفة. والجواب: ليس لها مالية باعتبار الكسب، فإنه أحق بكسبها، وقد أحياه الراد بالرد، بخلاف المكاتب؛ لأن كسب المكاتب لا حق للمولى فيه، فالراد بالرد لا يحيي مالية المولى، لا باعتبار الرقبة، ولا باعتبار الكسب.

٩٩٠٥- ولا جعل للوصي إذا رد عبد اليتيم. وكذلك كل من يعول صغيراً. ولا جعل للسلطان إذا رد آبقاً؛ لأنه فعل ما هو واجب عليه. وكذلك ديوانيان وشحنه كاروان إذا رد المال من بين أيدي القطاع، لا شيء لهما.

٩٩٠٦- ولا جعل للابن إذا رد آبقاً لأبيه، وللأب الجعل إذا رد آبقاً للابن إذا لم يكن الأب في عيال الابن، وهذا لأن رد الآبق على المولى نوع خدمة في حق المولى، وخدمة الأب مستحقة على الابن، وإقامة ما هو مستحق على الإنسان لا يقابل بالأجر. فأما خدمة الابن غير مستحقة على الأب، فيجوز أن يقابل بالأجر، إلا أن الأب إذا كان في عيال الابن، لا يستحق الجعل؛ لأن آبق الرجل يطلبه من هو في عياله عادة، ولهذا ينفق عليهم، فلا يستحق مع ذلك جعلاً آخر.

وفي "المنتقى": روي أن الأب لا يستحق الجعل، والابن يستحق، ولا يستحق أحد الزوجين الجعل على صاحبه برد آبقه، والأخ يستحق الجعل على أخيه استحساناً، إذا لم يكن الراد في عيال المردود عليه.

٩٩٠٧- ولو جاء بالعبد الآبق ليرده على المولى، فوجده قد مات، فله الجعل في تركته، وإن لم يكن له مال سوى العبد بيع العبد، وبدئ بالجعل. وإن كان الذي جاء به وارث

الجعل، فيكون له (يعني للمأمور)، فقدم به ودفعه إلى مولاه، وأخذ الجعل منه، يكون له. قال ثمة: وهو بمنزلة دين لرجل على رجل وهب من رجل وأمره بقبضه.

٩٩١٠- وفي «الأصل»: عبد أبق إلى بعض البلدان، فأخذه منه رجل، واشتراه منه آخر، وجاء به، لا جعل له؛ لأنه إنما رده لنفسه، فإن المشتري يكون قاصداً تملك المشترى، فيكون غاصباً في حق المولى، لا عاملاً له في الرد. فإن كان حين اشتراه أشهد إنما اشتراه ليرده على صاحبه؛ لأنه لا يقدر عليه إلا بالشرى، فله الجعل؛ لأنه بعد الإشهاد أظهر أنه في الرد عامل للمولى، ولا يرجع على المولى بما أدى من الثمن، قل أو كثر.

٩٩١١- وإن وهب له، أو أوصى له، أو ورثه، فالجواب فيه كالجواب في الشرى، لا يستحق الجعل.

٩٩١٢- أخذ عبداً آبقاً، وجاء به ليرده على المولى، فلما نظر إليه المولى، أعتقه، ثم أبق من يد الآخذ، كان له الجعل؛ لأن الإعتاق قبض معنى؛ لأنه إتلاف للمالية، فقد وصل العبد إلى المولى معنى، ألا ترى أن المشتري لو أعتق المشترى قبل القبض، صار قابضاً له، كذا هنا.

ولو كان دبره، والمسألة بحالها، فلا جعل له؛ لأن التدبير ليس بقبض؛ لأنه لا يتلف بها المالية، فلم يصل العبد إلى يد المولى أصلاً.

ولو كان الآخذ حين سار به ثلاثة أيام أبق منه قبل أن يأتي به إلى المولى، ثم أعتقه المولى، فلا جعل له؛ لأن المولى لم يصر قابضاً من يد الآخذ؛ لأنه حين أعتقه، لم يكن في يد الآخذ.

ولو جاء به إلى مولاه، فقبضه، ثم وهبه منه، فعليه الجعل. ولو وهبه منه قبل [أن يقبضه][1]، فلا جعل له؛ لأنه لم يصل إلى المولى من جهته، لا بصورته، ولا بمعناه. ولو باعه المولى قبل أن يقبضه [فلا جعل][2] عليه؛ لأنه وصل إلى المولى عوضه، فصار كما وصل إليه عينه. هذه الجملة في «العيون».

قال شمس الأئمة الحلواني: المراد إنما يستحق الجعل إذا أشهد عند الأخذ، إنما أخذه ليرده على المالك. أما إذا ترك الإشهاد، لا يستحق الجعل، وإن رده على المالك.

---

(١) هكذا ورد في النسخ الباقية التي عندنا، ولكن ورد في الأصل: قبل القبض.

(٢) هكذا ورد في نسخة ف، ونسخة م، وورد في الأصل: فله جعل مكان: فلا جعل.

الفصل الرابع
في بيان وجوب الضمان على الآبق

٩٩١٣- إذا مات الآبق عند الآخذ، أو أبق منه قبل أن يرده على المولى، فإن كان حين أخذ أشهد أنه إنما أخذه ليرده على صاحبه، لا ضمان عليه. وكذلك إذا قال وقت الأخذ: هذا آبق قد أخذته، فمن وجد له طالباً فليدله عليه، فهذا إشهاد، ولا ضمان عليه؛ لأنه وجد منه الإشهاد.

قال شمس الأئمة الحلواني: وليس من شرط الإشهاد أن يكرر ذلك، والمرة تكفي بحيث لا يقدر أن يكتمه إلا مستثنى، وهذا في اللقطة.

وأما إذا ترك الإشهاد وكان الإشهاد ممكناً، كان عليه الضمان عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، خلافاً لأبي يوسف، وهذا إذا علم كونه آبقاً، فالقول قوله، والآخذ ضامن إجماعاً؛ لأن سبب وجوب الضمان قد ظهر من الآخذ، وهو أخذ مال الغير بغير إذنه، فهو يدعي المسقط، وهو الإذن شرعاً بكون العبد آبقاً.

٩٩١٤- وإذا أخذ عبداً آبقاً، فادعاه رجل، وأقر له العبد، فدفعه إليه بغير أمر القاضي، فهلك عنده، ثم استحق آخر بالبينة، فله أن يضمن أيهما شاء، فإن ضمن الدافع رجع به على القابض، وإن كان لم يدفعه إلى الأول حتى شهد عنده شاهدان أنه عبده، فدفعه إليه بغير حكم، ثم أقام الآخر البينة أنه له، قضي به للثاني؛ لأن بينة الأول قامت في غير مجلس الحكم، فلا تكون معارضة للبينة التي قامت في مجلس الحكم، فإن أعاد الأول البينة لم ينفعه أيضاً؛ لأن العبد في يده، وبينة ذي اليد في الملك المطلق لا تعارض بينة الخارج.

٩٩١٥- وإذا أخذ عبداً آبقاً، وباعه بغير أمر القاضي حتى لم يصح البيع، وهلك العبد في يد المشتري، ثم جاء رجل وادعاه، وأقام بينة أنه عبده، فالمستحق بالخيار إن شاء ضمن المشتري، وعند ذلك يرجع المشتري بالثمن على البائع، فإن شاء ضمن البائع قيمته، وعند ذلك ينفذ البيع من جهة البائع، ويكون الثمن له، ويتصدق بما فضل على القيمة من الثمن؛ لأنه ربح حصل، لا على ملكه بسبب كسب خبيث. والله سبحانه وتعالى أعلم.

الفصل الخامس
في الاختلاف الواقع في الإباق

٩٩١٦ - إذا أنكر المولى أن يكون عبده أبق، فلا جعل للراد، إلا أن يشهد الشهود أنه أبق من مولاه، أو على إقرار المولى بإباقه.

٩٩١٧ - وإذا أبق العبد، وذهب بمال المولى، فجاء به رجل، وقال: لم أجد معه شيئًا، فالقول قوله، ولا شيء عليه، ولا يكون وصول يده على العبد[1] دليلاً على وصول يده إلى المال، ما لم يعلم كون المال في يد العبد حين أخذ العبد، فالمولى يدعي عليه ذلك، وهو ينكر، فيكون القول قوله، كما لو ادعى عليه أنه غصبه مالاً آخر، وهو ينكر.

فإن اتهم رب المال، فله أن يستحلفه على ذلك؛ لأنه يدعي عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف رجاء النكول، فيقوم مقام إقراره -أيضًا- والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

---

(١) وفي نسخة م: إلى العبد

الفصل السادس
في تصرفات الآبق

٩٩١٨- بيع الآبق من أجنبي، أو ممن لا يقدر عليه لا يجوز، وبيعه ممن في يده يجوز، وهبته من الأجنبي لا يجوز، وإن وهبه من ابن صغير له إن كان مترددًا في دار الإسلام يجوز، وإن كان أبق إلى دار الحرب اختلف فيه المشايخ. وروى قاضي خرمين عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجوز[1]، ويجوز إعتاقه عن كفارة الظهار.

٩٩١٩- ولو وكل المولى رجلا بطلب الآبق، فأصابه الوكيل، وهو لا يعلم به، ثم باعه المولى من إنسان، ولا يعلم البائع والمشتري أن الوكيل أصابه، فالبيع باطل حتى يعلم أن الوكيل أصابه. وإن أخذ الآبق رجل وآجره، وأخذ الأجر، فالأجرة له؛ لأنها وجبت بعقده، ويتصدق بها؛ لأنها حصلت بكسب خبيث. فإن دفعها إلى المولى مع العبد، وقال: هذه غلة عبدك، وقد سلمت لك، فهو للمولى، ولا يحل للمولى أكلها قياسًا؛ لأن حق الفقراء ثبت فيها حين وجب التصدق، ولا يملك الآخذ إسقاطها، ولا يحل استحسانًا؛ لأن الخبث [إنما تمكن فيه لعدم رضا المولى، فإنما يظهر ذلك في حق الآخذ لا في حق المولى ليزول الخبث][2] عند التسليم إلى المولى، والله سبحانه وتعالى أعلم.

(١) هكذا وردت هذه العبارة في الأصل ونسخة ظ، ووردت في نسختي ... م: أنه لا يجوز.
(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ب.

كتاب المفقود

هذا الكتاب يشتمل على ثلاثة فصول :

الفصل الأول : في تفسير المفقود وحكمه .

الفصل الثاني : في التصرفات في مال المفقود .

الفصل الثالث : في الخصومة في الميراث ، وفي وراثة المفقود .

الفصل الأول
في تفسير المفقود وحكمه

فأما تفسيره: ما ذكره محمد في «الأصل»: الرجل يخرج في وجه، فيفقد، ولا يعرف موضعه، ولا يستبين أمره، ولا موته، أو أسره العدو، فلا يستبين موته، ولا قتله.

وأما حكمه: فما ذكره محمد في الكتاب أنه يعتبر حياً في حق نفسه حتى لا يقسم ماله بين ورثته، ولا تتزوج امرأته، ولا يحكم القاضي بشيء من أمره حتى يثبت موته، أو قتله ويعتبر ميتاً في حق غيره حتى لا يرث أحداً من أقربائه إذا مات.

ومعنى قوله: لا يرث أحداً من أقربائه، إن نصيب المفقود من[1] الميراث لا يصير ملكاً للمفقود، أما يوقف للمفقود نصيبه من ميراث من مات من أقربائه، وهذا لأن حياة المفقود محتملة، والمحتمل يكفي للتوقف، كما في الجنين، فإن ظهر حياً، ظهر أنه كان مستحقاً، وإن لم يظهر حياً حتى بلغ من السن ما قال في الكتاب، على ما بين بعد هذا إن شاء الله تعالى، فما وقف له يرد على ورثة صاحب المال يوم مات صاحب المال بمنزلة الموقوف للجنين إذا انفصل الجنين ميتاً.

٩٩٢٠- قال مشايخنا: مدار مسائل المفقود على حرف واحد: أن المفقود يعتبر حياً في ماله، ميتاً في مال غيره حتى تنقضي من المدة ما يعلم أن مثله لا يعيش إلى تلك المدة، أو تموت أقرانه، وبعد ذلك يعتبر ميتاً في ماله يوم تمت المدة، أو مات الأقران.

وفي مال الغير يعتبر كأنه مات يوم فقد، حتى إنه إذا فقد الرجل، ثم مات ابنه، وللهالك ابن أخ لأمه، وللمفقود عصبة، فخاصم ابن الابن عصبة المفقود، يقول: إن كان الابن قد مات قبل أن يموت أقران المفقود، فإن جميع مال المفقود لعصبة المفقود، حتى من مات من أقران المفقود، ولا يكون للابن من ذلك شيء؛ لأنا حكمنا بحياته بعد موت الابن في حق نفسه، ولا يكون للمفقود من ميراث الابن شيء؛ لأنا اعتبرناه ميتاً في حق غيره، ولكن يوقف نصيب المفقود من مال الابن إلى أن يظهر حال المفقود؛ لأنه احتمل أن يكون حياً، فيكون له الميراث من ابنه، واحتمل أن يكون ميتاً، فلا يكون له الميراث من ابنه، بل يكون ميراث الابن لأخيه.

٩٩٢١- وإن ظهر المفقود حياً، فما وقف يكون له، وإن لم يظهر حياً، حتى مات

---

(١) ورد في نسخة «ط»: إن نصيب المفقود من الأقرباء من الميراث.

أقرانه، فما وقف للمفقود من مال الابن يكون ميراثاً لأخ الابن؛ لأنا تيقنا بكون الأخ وارثاً وقت موت الابن، وشككنا في كون المفقود وارثاً، فكان جعله ميراثاً لمن كان وارثه بيقين أولى.

وإن كان أقران المفقود قد ماتت قبل موت الابن، فميراث المفقود صار للابن حكماً لموت المفقود، والابن حي، فيكون ميراثه للابن، وإذا مات الابن يكون ميراثاً لورثة الابن. فهذا هو حاصل ما يبنى عليه مسائل المفقود.

٩٩٢٢- ثم طريق ثبوت موت المفقود إما البينة، أو موت الأقران.

وطريق قبول هذه البينة أن يجعل القاضي من في يديه المال خصماً عنه، أو ينصب عنه قيماً، فيقبل عليه البينة.

وأما موت الأقران، فهو المذكور في الكتاب عن محمد: ويشترط موت جميع الأقران، ما بقي واحد من أقرانه لا يحكم بموته.

٩٩٢٣- ولم يذكر أنه يعتبر موت جميع أقرانه في جميع البلدان أو في بلد المفقود. واختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: يعتبر موت أقرانه من أهل بلده، وهذا القول أرفق بالناس؛ لأن التفحص عن حال أقرانه في جميع البلدان، إما غير ممكن، أو فيه حرج ظاهر.

ولم يقدر محمد في موت المفقود وحياته شيئاً، والمشايخ اعتبروا ذلك، فالمتقدمون من المشايخ بعد محمد قدروا عمره بمائة وعشرين سنة، وقالوا: متى مضى من مولده مائة وعشرون سنة، فإنه يحكم بموته، وإن بقي بعض أقرانه في الأحياء، ولا يحكم بموته قبل ذلك وإن مات جميع أقرانه.

وعن نصير بن يحيى: أنه قدره بمائة سنة، وهو المروي عن أبي يوسف، والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل، والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد قدراه بتسعين سنة، قال: لأن الأعمار قد قصرت في زماننا. قال الصدر الشهيد حسام الدين: وعليه الفتوى.

قال شيخ الإسلام في شرحه: قول محمد أحوط وأقيس؛ لأن ما مضى من السنين من المدة إن دل على موته، فبقاء من بقي من أقرانه بعد مضي هذه المدة يدل على حياته، فيقع التعارض بين دليل الحياة وبين دليل الموت، ولا يثبت الموت مع التعارض، ومتى اعتبرنا بموت أقرانه، فإنما يثبت موته بدليل لا تعارض فيه، وما قاله المشايخ أرفق بالناس؛ لأن التفحص عن حال أقرانه أنهم ماتوا، أو لم يموتوا، إما غير ممكن، أو فيه حرج.

٩٩٢٤- وإذا أوصى رجل للمفقود بشيء لم أقض بها له، ولم أبطلها؛ لأن الوصية أخت الميراث، وفي الميراث يحبس حصة المفقود إلى أن يظهر حاله. كذا هنا -والله أعلم-.

الفصل الثاني
في التصرفات في مال المفقود

٩٩٢٥- قال محمد: ما يخاف عليه الفساد من مال المفقود، فالقاضي يبيعه، وما لا يخاف عليه الفساد، فالقاضي لا يبيعه، لا للنفقة ولا لغيرها، وهذا لأن ولاية القاضي على المفقود لضرورة الحفظ، وما لا يخاف عليه الفساد، فحفظه ممكن بدون البيع، فلا حاجة إلى البيع، ولا كذلك ما يخاف عليه الفساد.

٩٩٢٦- وإن أراد واحد من أقربائه أن يبيع شيئًا من ماله لحاجة النفقة، إن كان المال عقارًا، فليس له ذلك بالإجماع، سواء كان البائع أبًا أو غيره، وإن كان منقولا ليس من جنس حقه، كالخادم، والدابة ونحو ذلك، أجمعوا على أن غير الأب لا يملك البيع، والأم وغيرها في ذلك على السواء، وأما الأب فلا يملك البيع قياسًا، وهو قولهما، وعلى قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه يملك البيع، وهو استحسان.

وجه القياس: أن جواز البيع يعتمد الولاية، ولا ولاية في مال ولده الكبير. ألا ترى أنه لا تملك بيع عقار. وجه الاستحسان: وهو أن أثر الولاية في مال ولده الكبير قائم، حتى صح منه استيلاد جارية الابن لحاجته إلى ذلك، والحاجة إلى النفقة لبقاء نفسه فوق الحاجة إلى الاستيلاد لبقاء نسله. وإذا بقي أثر ولايته، كان حاله كحال الوصي في الولد الكبير الغائب، وقد ثبت للوصي بيع العروض دون العقار. كذا ههنا.

٩٩٢٧- وإذا كان للمفقود عروض وديعة، أو دين، أنفق القاضي من ذلك على زوجته، وولده، وأبويه، إذا كان المودع مقرًا بالوديعة، والمديون مقرًا بالدين. وذكر هذه المسألة في كتاب النكاح من الأصل، وشرط إقرارهما بالنكاح والمال، وههنا لم يشترط إقرارهما بالنكاح، وليس في المسألة اختلاف الروايتين، بل إنما اختلف الجواب لاختلاف الوضع، موضوع ما ذكر في النكاح أن النكاح والنسب لم يكن معلومًا للقاضي، فشرط إقرار صاحب اليد بهما، وموضوع ما ذكر ههنا أن النكاح والنسب كان معلومًا للقاضي، فلم يشترط إقرارهما بالنكاح والنسب.

فإن أعطاهم الرجل شيئًا بغير أمر القاضي، فالمودع يضمن، والمديون لا يبرأ، وإن

أعطاهم الرجل بأمر القاضي، فالمودع[1] لا يضمن، والمديون يبرأ[2]. وللقاضي أن ينصب وكيلاً في جميع غلات المفقود، طلب الورثة ذلك، أو لم يطلبوا، ونعني بهذا الوكيل أن يتقاضى ويقبض. ويخاصم من يجحد حقاً وجب بعقد جرى بينه وبين هذا الوكيل؛ لأن الوكيل في حق الحقوق بمنزلة المالك. أما إذا جحد دين كان المفقود أو وديعة أو نصيب كان له في عقار، أو عروض في يدي رجل، وحق من الحقوق، فإن هذا الوكيل لا يخاصمه، لأنه ليس بمالك، ولا نائب عن المالك في الخصومة في ذلك؛ لأنه وكيل بالقبض، والوكيل بالقبض من جهة القاضي لا يملك الخصومة بلا خلاف، وإنما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك.

قال في الكتاب: إلا أن يكون القاضي رأى ذلك ورآه، فأنفذ الخصومة بينهم، فحينئذ يجوز، علل فقال: لأن هذا مما اختلف فيه الفقهاء، وهذا بناء على أنه ليس للقاضي أن يقضي على الغائب وللغائب، إلا إذا كان عنه خصم حاضر عندنا، ولو قضى ينفذ قضاؤه؛ لكونه واقعاً في فصل مجتهد فيه، وكذا لا ينبغي للقاضي أن ينصب وكيلاً عن الغائب والمفقود، ولو نصب ينفذ قضاؤه بالإجماع؛ لما قلنا.

٩٩٢٨- ثم أشار ههنا إلى أن القضاء على الغائب وللغائب نفاذه لا يتوقف على إمضاء قاض آخر، وهذه إشارة إلى أن نفس القضاء غير مختلف فيه، وإنما المجتهد سبب القضاء، أو البينة هل هي حجة[3] من غير خصم؟

وفي شرح الجامع لما عبثه على والدي تغمده الله بالرحمة: أن نفس القضاء فيه مختلف فيه، فيتوقف على إمضاء قاض آخر، كما لو كان القاضي محدوداً في قذف.

٩٩٢٩- وإن ادعى رجل مالاً على المفقود وحقاً، وأقام البينة على دعواه، ولم تقبل هذه البينة، ولم يكن هذا الوكيل، ولا أحد من الورثة[4] خصماً له. فإن رأى القاضي سماع البينة وحكم به نفذ حكمه بالإجماع.

٩٩٣٠- وإذا رجع المفقود حياً لم يرجع في شيء مما أنفق القاضي، أو وكيله بأمره على زوجته، وولده من ماله، ودينه عليه. وكذلك ما أنفقوا على أنفسهم من الدراهم والدنانير أو

---

(١) ورد في نسخة "ظ": فإن المودع.

(٢) ورد في نسخة "ظ": لا يبرأ.

(٣) ورد في نسخة "ظ": هل هي حجة إلى حضرة الخصم.

(٤) هكذا ورد في النسخ التي توجد عندنا، وورد في الأصل: البينة.

البر في وقت حاجتهم إلى النفقة، أو ثياب يلبسونها للكسوة، وطعام يأكلونه. أما ما سوى ذلك من الأموال إذا باعوا لحاجتهم إلى النفقة، فقد مر تفاصيل ذلك.

٩٩٢١- وإذا فقد المكاتب، فترك أموالاً، هل يؤدى مكاتبته من تركته؟ ينظر: إن كان ما ترك من مكاتب من خلاف جنس ما عليه، لا يؤدى، وإن علم القاضي بوجوب الدين عليه؛ لأنه لا يمكنه القضاء إلا بالبيع، وولاية القاضي في مال المفقود مقصورة على الحفظ وإيفاء ما عليه، والبيع ليس من قبيل ذلك.

وإن كان [ما ترك المكاتب من جنس المكاتبة، وعلم القاضي بوجوب الدين عليه، وإن كان](١) المكاتب ابن حرمات هذا الابن، وترك ورثة، قسم ماله بين ورثته، ولم يحتسب للمكاتب شيء؛ لأن المكاتب لا يرث شيئاً من ابنه، فلا يكون في الرقبة فائدة.

٩٩٢٢- وإذا كان المفقود قد باع خادماً قبل أن يفقد، فقبض المشتري بعيب، وأراد أن يرد على وكيل المفقود، فليس له ذلك؛ لأن الوكيل ليس بعاقد، ولا عاقد، ولا نائب عمن هو مالك ولا عاقد، ولا يرد على غير هؤلاء.

وإن استحق هذا الخادم من يد المشتري، فالقاضي هل يؤدى إذا علم وجوب الثمن عليه؛ لأن الخادم لما استحق من يد المشتري، صار الثمن ديناً له على المفقود، فصار الجواب فيه كالجواب في سائر الديون.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ، م، ب.

الفصل الثالث
في الخصومة في الميراث

٩٩٣٣ - وإذا مات الرجل، وترك ابنتين وابنا مفقودا، ولهذا الابن المفقود ابن وابنة، فالتركة في يد الابنتين، والكل مقرون[1] بأن الابن مفقود، واختصموا إلى القاضي، فإن القاضي لا ينبغي أن يحرك المال عن موضعه هكذا ذكر في الأصل، ومعنى قوله: القاضي لا يحرك المال عن موضعه لا ينزع القاضي شيئًا من يد الابنتين؛ لأن النصف فيما في أيديهما صار ميراثًا لهما بموت أبيهما بيقين؛ لأن المفقود إن كان حيًا، فلهما هذا المقدار، وإن كان ميتًا، فلهما الثلثان، فالنصف لهما بيقين، والنصف الآخر لا يحصل لهما؛ لأن ورثة المفقود لا يتعرضون ذلك لأنفسهم، ولا يكونون خصماء عن المفقود؛ لأنه لا يدرى أنه حي أو ميت، ولا يزال يد صاحب اليد إلا بمحضر من الخصم، بخلاف مال المفقود الذي يعلم أنه له؛ لأن حق أولاده ثابت في ذلك المال باعتبار ملكه، فإنهم يستحقون النفقة [في ملكه][2]، وباستصحاب الحال لإبقاء ما كان على ما كان.

وكذلك إذا قالت الابنتان: قد مات أخونا، وقال ولد الابن: هو مفقود؛ لأن من في يديه المال أقر لولد الابن ببعض ذلك، وولد الابن قد رد إقرارهما بموته: أبونا مفقود.

٩٩٣٤ - ولو كان مال الميت في يدي ولدي الابن المفقود، وطلب الابنتان ميراثهما، واتفقوا أن الابن مفقود، فإنه يعطي لهما النصف؛ لأنهما يدعيان نصف ما في يدي ولدي المفقود، وقد صدقاهما في ذلك، فيعطيان النصف من ذلك، والنصف الآخر يترك على يدي ولدي المفقود، من غير أن يقضي به لهما، ولا لهما؛ لأنه لا يدرى من المستحق لهذا الباقي.

ولو كان المال في يدي أجنبي، فقالت الابنتان: مات أخونا قبل الأب، وقال ولد الابن: أبونا مفقود، فإن أقر الذي في يديه المال أنه مفقود، فإنه يعطي الابنتين من ذلك النصف؛ لأنهما يدعيان لأنفسهما الثلثين، وذو اليد أقر لهما بالنصف حين قال: إنه مفقود، فيعطيان النصف، والنصف الآخر يوقف في يديه.

٩٩٣٥ - ولو قال الذي في يديه المال: إنه مات قبل الأب، فإنه يجبر على دفع الثلثين

(1) أثبتت هذه العبارة من جميع النسخ التي في أيدينا

(2) هكذا ورد في ف.

بين الآخر؛ لأن صاحب اليد صدقهما فيما ادعيا من نصيبهما في يديه، ويوقف نصيب الآخر على يديه؛ لأنه لا خصم له.

ولو كان الذي في يديه المال أنكر أن يكون هذا المال للميت، وقد أقام الابنان بينة أن أباهم مات، وترك هذا المال ميراثا لهما، وللأخ المفقود، فإنه يقبل منهما؛ لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن جميع الورثة فيما يدعي للميت، فيصير كأن خصمه في جميع الورثة، فيقبل بينتهما، ويعطى نصف النصف الآخر، ويخرج النصف الآخر من يد ذي اليد، فيوقف على يدي عدل؛ لأنه ظهر خيانة ذي اليد حين جحد المال للميت، ومال الغائب لا يترك في يد الخائن، بخلاف ما لو كان أقر به؛ لأنه لم يظهر خيانته، فيترك في يديه إلى أن يظهر حال المفقود.

كتاب الغصب

هذا الكتاب يشتمل على خمسة عشر فصلا :

الفصل الأول
في نفس الغصب

٩٩٣٦ – فنقول : الغصب شرعًا أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يد المالك إن كان في يده ، أو يقصر يده إن لم يكن في يده .

٩٩٣٧ – وإنه نوعان : نوع يتعلق به المأثم ، وهو ما وقع عن علم . ونوع لا يتعلق به المأثم ، وهو ما وقع عن جهل . والضمان يتعلق بهما جميعًا ؛ لأن الضمان لجبر الحق ، والحق يفوت في الحالين على نمط واحد .

وشرطه عند أبي حنيفة رحمه الله : كون المأخوذ منقولا ، وهو قول أبي يوسف الآخر ، حتى إن غصب العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر لا ينعقد موجبًا للضمان .

٩٩٣٨ – استعمال عبد الغير غصب له ، حتى لو هلك من ذلك العمل ، ضمن المستعمل قيمته ، علم المستعمل أنه عبد الغير أو لم يعلم ، بأن جاء إليه ، وقال : أنا حر ، فاستعمله ، وهذا لما بينا أن ضمان الغصب لا يختلف بالعلم وعدمه .

وهذا إذا استعمله في أمر من أمور نفسه ، أما إذا استعمله لا في أمر نفسه ، فلا يصير غاصبًا له ، فقد ذكرنا في "فتاوى أهل سمرقند" أن من قال لعبد الغير : ارتق هذه الشجرة ، فانثر الثمرة لتأكله أنت ، فوقع من الشجرة ، ومات ، لم يضمن الآمر ، ولو قال : لآكل أنا ، وباقي المسألة بحالها ، ضمن . وما افترقا إلا لأنه في الفصل الأول ما استعمله في أمر نفسه ، وفي الفصل الثاني استعمله في أمر نفسه .

وسئل الإمام شمس الإسلام عن استعمال عبد الغير ، أو جارية الغير ، وأبق في حال الاستعمال قال : هو ضامن بمنزلة المغصوب إذا أبق من يد الغاصب .

٩٩٣٩ – ومن استعمل عبدًا مشتركا بينه وبين غيره بغير إذن شريكه ، يصير غاصبًا نصيب شريكه .

وفي "أجناس الناطفي" في آخر الجنس الأول من كتاب الدعوى : أن في استعمال العبد المشترك بغير إذن شريكه روايتين عن محمد ، وروى هشام عنه : أنه يصير غاصبًا نصيب صاحبه ، وروى ابن رستم عنه أنه لا يصير غاصبًا . وفي الهداية يصير غاصبًا نصيب صاحبه في الروايتين ركوبًا وحملًا .

وورد في زماننا من هذا الجنس فتوى من بعض البلدان، وصورته: رجل كان يكسر الحطب، فمنعه غلام رجل، وقال: أعطني القدوم والحطب، حتى [أكسر] أنا، فأبى صاحب الحطب ذلك، فأخذ الغلام القدوم منه، وأخذ الحطب، وكسر بعضه وقال: [[1] أنت بآخر حتى أكسر] أنا، [[2] صاحب الحطب بحطب آخر، فكسره الغلام، وضرب بعض المكسور من الحطب على عين الغلام، وذهب عينه، فاتفق مشايخ زماننا أنه لا يكون على صاحب الحطب شيء؛ لأن صاحب الحطب لم يأمر الغلام بكسر الحطب، ولم يستعمله فيه، وإنما فعل ذلك باختياره، فلا يكون على صاحب الحطب شيء.

وسئل أبو بكر عمن وجه جاريته إلى النخاس ليبيعها، فبعثها امرأة النخاس في حاجة، فهربت، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: الضمان على امرأة النخاس لا غير، وعلى قولهما: إن شاء ضمن النخاس أيضًا، كما عرف في الأجير المشترك.

٩٩٤٠- في "فتاوى أبي الليث": جارية جاءت إلى النخاس بغير إذن مولاها، وطلبت البيع، ثم ذهبت، ولا يدري أين ذهبت. فقال النخاس ردتها على المولى، فالقول قول النخاس، ولا ضمان [عليه][3]، ومعنى ذلك أن النخاس لم يأخذ الجارية، ومعنى الرد أمره إياها بالذهاب إلى منزل المولى. أما إذا أخذ النخاس الجارية من الطريق، أو ذهب بها من منزل مولاها بغير أمره لا يصدق.

٩٩٤١- ركب دابة رجل حال غيبته بغير أمره، ثم نزل عنها، وتركها في مكانها، ذكر في آخر كتاب اللقطة أن عليه الضمان، وذكر الناطفي في "واقعاته" اختلاف الروايات. ثم قال[4]: والصحيح أنه لا يضمن[5] على قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن غصب المنقول لا يتحقق بدون النقل، وعن أبي يوسف في "المنتقى" نصًا أنه لا ضمان.

٩٩٤٢- وصورة ما ذكر في "المنتقى": رجل قعد على ظهر دابة رجل، ولم يحولها عن موضعها، وجاء رجل آخر، وعقرها، فالضمان على الذي عقرها، دون الذي ركب إذا لم

---

(١) أثبتت هذه العبارة من نسختي "ظ" و"ف".

(٢) هكذا ورد في نسخ "ب" و"ظ" و"م"، وورد في الأصل: مجيء.

(٣) هذه الكلمة وردت في "م".

(٤) هكذا ورد في الأصل ونسخة "ظ"، وورد في نسختي "ف" و"م": قال شمه.

(٥) ورد في نسخة "ف": يضمن.

وسقطت من يده، وانكسرت، ضمن؛ لأنه غير مأذون في أخذه نصاً، ولا دلالة.

في "فتاوى أهل سمرقند": تقدم إلى بياع الخزف، وأخذ منه قصارة بإذنه لينظر فيها، فوقعت القصارة من يده على قصارات أخر، وانكسرت القصارات، فلا ضمان في المأخوذ، لأنها[1] مأخوذة بإذنه، ويجب ضمان الباقيات.

٩٩٤٨- شرع في الحمام، وأخذ طاساً، وأعطاها غيره، فوقعت من يد الثاني، وانكسرت، فلا ضمان على الأول؛ لأن الأول إما أن يكون مستأجراً، أو مستعيراً، وللمستأجر أن يعير، وكذلك للمستعير أن يعير فيما لا يتفاوت الناس فيها.

٩٩٤٩- في "المنتقى": رجل عنده وديعة، وهي ثياب، فجعل المودع فيها ثوباً له، ثم طلبها صاحب الوديعة، فدفع كلها إليه، فضاع ثوب المودع، فصاحب الوديعة ضامن له. قال ثمه: كل من أخذ شيئاً على أنه له، فهو ضامن.

٩٩٥٠- رجل أضاف رجلاً، فنسي الضيف عنده ثوباً، فأتبعه المضيف بالثوب، فغصب الثوب غاصب في الطريق، قال: إن غصب في المدينة، فلا ضمان على المضيف، وإن غصب خارج المدينة، فهو ضامن.

٩٩٥١- في "نوادر ابن رستم": ضرب رجلاً حتى سقط، ومات، ومع المضروب مال فتوى، قال محمد رحمه الله: الضارب ضامن للمال الذي كان مع المضروب، وكذلك يضمن ثيابه التي كانت عليه إذا ضاعت؛ لأنه هو الذي استهلك ذلك كله.

تعلق برجل، وخاصمه، فسقط من المتعلق به شيء، وضاع، ضمنه المتعلق.

٩٩٥٢- في "فتاوى أهل سمرقند": بعث الرجل رجلاً إلى القصار ليأخذ ثوباً له، فدفع القصار إلى الرسول ثوباً، فضاع الثوب من يد الرسول، وظهر أن الثوب لم يكن للمرسل، وإنما كان لغيره، قال: ينظر إن كان الثوب للقصار، فلا ضمان على الرسول، وإن كان لغير القصار، فرب الثوب بالخيار، إن شاء ضمن القصار، وإن شاء ضمن الرسول.

٩٩٥٣- في غصب "المنتقى": بعث الرجل غيره إلى ماشيته، فأخذ المبعوث دابة الآمر، وركبها، فهلكت الدابة في الطريق، إن كان بين الآمر والمبعوث انبساط في أن يفعل مثل ذلك فلا ضمان، وإلا فهو ضامن؛ لأن هذا ليس معتاداً، فيصير به غاصباً.

٩٩٥٤- في "العيون": والخنصر اليمنى واليسرى سواء هو الصحيح.

٩٩٥٥- في غصب "فتاوى أبي الليث رحمه الله": ارتهن خاتماً، أو استودع خاتماً،

---

(١) ورد في نسخة "م": لأنها مأخوذة.

فجعله في خنصره فضاع، فهو ضامن؛ لأن بعض الناس يجعلونه في اليمنى، والبعض يجعلونه في اليسرى. وإن جعله في البنصر، فقد ذكر شمس الأئمة السرخسي أنه لا ضمان؛ لأن هذا ليس بلبس معتاد، بل هو للحفظ، فلا يصير به غاصبًا. وذكر شيخ الإسلام أنه ضامن، وسوى بين الخنصر والبنصر، والأول أصح. وإن جعله في خنصره فوق خاتم آخر، فالمروي عن محمد في بعض الروايات: أنه لا ضمان، فذكر له عن بعض السلاطين أنه يلبس الخاتم فوق الخاتم، فقال محمد: يلبسه للتختم، إشارة إلى أن هذا اللبس ليس للتزين، فلا يكون استعمالا، فلا يكون غاصبًا. وفي آخر كتاب اللقطة: أن الرجل إذا كان معروفًا يلبس خاتمين للتزين، فهو ضامن، وإلا فلا يكون ضامنًا.

٩٩٥٦- وإن كان سيفًا، فتقلد، فإنه يكون[1] ضامنًا، وكذلك لو كان متقلدًا سيفًا، فتقلد بهذا، وإن كان متقلدًا سيفين، فتقلد بهذا، لا يضمن بالإجماع.

٩٩٥٧- سكران ذاهب العقل وقع ثوبه في الطريق، والسكران نائم في الطريق، جاء رجل، وأخذ ثوبه ليحفظه، فهلك الثوب في يده، فلا ضمان. ولو كان الثوب تحت رأسه، والمسألة بحالها ضمن.

٩٩٥٨- في "فتاوى أهل سمرقند": إذا أخذ القلنسوة من رأس رجل، ووضعها على رأس رجل آخر، فطرحها الآخر من رأسه، فضاعت، إن كانت القلنسوة بمرأى عين من صاحبها، وأمكنه رفعها، وأخذها، فلا ضمان على واحد منهما؛ لأنه حصل الرد إلى المالك. وإن كان بخلاف ذلك، فصاحب القلنسوة بالخيار، إن شاء ضمن الآخذ، وإن شاء ضمن الطارح.

٩٩٥٩- زق انشق، فمر به رجل، فإن لم يأخذه، ولم يدن منه، فلا ضمان عليه، وإن أخذه، ثم تركه، فإن كان المالك غائبًا، فهو ضامن، وإن كان حاضرًا، فلا ضمان، وعلى هذا إذا رأى إنسان ما وقع من كم غيره.

٩٩٦٠- في "فتاوى أبي الليث" عن خلف بن أيوب عن محمد بن الحسن: رجل أدخل دابته في دار رجل، فأخرجها صاحب الدار، فضاعت، فلا ضمان عليه. ولو وضع رجل ثوبًا في دار رجل، فرمى به صاحب الدار، فضاع، فهو ضامن؛ لأن كون الدابة في الدار ضرر لصاحب الدار، فهو بالإخراج يدفع الضرر عن نفسه، ولا كذلك كون الثوب في الدار.

(١) هكذا ورد في الأصل، وورد في نسخ "ظ" و"ف" و"م": وإن كان سيفا فتقلد، صار ضامنًا.

الفصل الثاني
في حكم الغصب

٩٩٦١- فنقول: للغصب حكمان: أحدهما: وجوب رد العين ما دام على حاله لم يتغير، قال عليه الصلاة والسلام: «على اليد ما أخذت حتى ترد»[١].

٩٩٦٢- والتغير نوعان: قد يكون من حيث الزيادة، وقد يكون من حيث النقصان، وقد يكون بفعل الغاصب، وقد يكون بغير فعله.

٩٩٦٣- قال محمد في «الأصل»: إذا غصب من آخر ثوبًا، فصبغه أحمر، أو أصفر، فصاحب الثوب بالخيار، إن شاء ضمن الغاصب قيمة ثوبه أبيض، ويكون الثوب للغاصب، وإن شاء أخذ الثوب، وضمن الغاصب ما زاد الصبغ في ثوبه؛ لأن الصبغ مال متقوم للغاصب قائم في الثوب، وتعذر إيصال منفعة كل واحد منهما إلى صاحبه على الانفراد، فلا بد من ترجيح أحد الجانبين، فرجحنا جانب صاحب الثوب؛ لأنه صاحب أصل.

فإن شاء ضمنه قيمة الثوب أبيض، وترك الثوب عليه حتى لا يلزمه زيادة غرم، وهو قيمة الصبغ، وإن شاء أخذ الثوب، وضمن قيمة ما زاد الصبغ فيه، فيصل إلى مالك الثوب عين حقه، وإلى صاحب الصبغ مالية حقه. وفيه خيار آخر، وهو أن يترك الثوب على حاله، والصبغ على حاله، ويباع الثوب، ويقسم الثمن بينهما على قدر حقيهما.

٩٩٦٤- وإن صبغه أسود، ثم جاء رب الثوب؛ كان له أن يضمن الغاصب قيمة الثوب الأبيض، وإن شاء أخذ الثوب، ولا شيء للغاصب، هذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: السواد بمنزلة العصفر، وهذا اختلاف عصر وزمان. وقيل: السواد يزيد في قيمة بعض الثياب، وينقص من قيمة البعض، فإن كان المغصوب ثوبًا ينقص بالسواد، فالجواب ما قال أبو حنيفة رحمه الله، وإن كان يزيد، فالجواب

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٦١): باب في تضمين العارية، والترمذي في سننه (١٢٦٦): باب ما جاء في أن العارية مؤداة، وابن ماجه في سننه (٢٤٠٠): باب العارية، وأحمد في مسنده (٢٠١٦٨)، والنسائي في الكبرى (٥٧٨٣): ذكر اختلاف شريك وإسرائيل على عبد العزيز، وابن أبي شيبة في مصنفه (٢٠٥٦٣)، والبيهقي في الكبرى (١١٣٢٦): باب من غصب لوحًا، والحاكم في مستدركه (٢٣٠٢)، وابن الجارود في المنتقى (١٠٢٤).

ما قالا

ولم يذكر في الباب ما إذا كان نقص المعصفر الثوب ، بأن كان قيمة الثوب ثلاثين ، فعادت قيمته إلى عشرين ، وقد يكون لون المعصفر نقصانًا في الثوب .

وروى هشام عن محمد رحمه الله تعالى : أنه ينظر إلى قيمة الصبغ في الثوب يزيد فيه ، فإن كانت قيمته خمسة ، فلصاحب الثوب أن يأخذ ثوبه ، ويأخذ خمسة دراهم ؛ لأن صاحب الثوب استوجب على الغاصب عشرة ، والغاصب استوجب عليه قيمة الصبغ خمسة ، فصارت الخمسة بالخمسة قصاصًا ، بقي نقصان الثوب بقدر قيمة الخمسة بلا جائز . وكذلك السواد على هذا .

٩٩٦٥ - ولو غصب ثوبًا من آخر ، وقصره ، كان لصاحب الثوب أن يأخذ الثوب الأبيض ، ولا يضمن الغاصب شيئًا ؛ لأنه لم يتصل بالثوب شيء من مال الغاصب .

٩٩٦٦ - وإذا غصب سويقًا ولته بسمن ، ثم حضر المالك ، فهو بالخيار ، إن شاء ترك السويق عليه ، وضمنه قيمة سويقه . ذكر القيمة في السويق مع أن السويق من ذوات الأمثال ، بعض مشايخنا قالوا : المراد من القيمة المذكورة في الكتاب ، المثل ، وإذا كان المراد حقيقة القيمة ، فهو محمول على ما إذا انقطع السويق .

وبعضهم قالوا : إن كان المراد حقيقة القيمة ، فهو محمول على الرواية التي لا يجوز بيع السويق مثله . فإن في بيع السويق بمثله روايتين . وإن شاء أخذ السويق ، وضمن سمنًا مثل سمن الغاصب .

٩٩٦٧ - وإذا غصب ثوبًا ، وقطعه قميصًا ، ولم يخطه ، فله أن يأخذ ثوبه ، ويضمنه ما نقص القطع ، وإن شاء ترك الثوب عليه ، وضمنه قيمته . هذه المسألة تبتنى على مسألة أخرى : أن من خرق ثوبًا لغيره ، إن كان الخرق فاحشًا ، فصاحب الثوب بالخيار ، إن شاء ترك الثوب عليه ، وضمنه جميع قيمة الثوب ، وإن شاء أخذ الثوب ، وضمنه النقصان . وإن كان الخرق يسيرًا ، كان له أن يضمنه النقصان ، لا غير .

٩٩٦٨ - واختلف المتأخرون في الحد الفاصل بين الخرق الفاحش ، واليسير . بعضهم قالوا : إنه إن أوجب نقصان ربع القيمة ، فصاعدًا ، فهو فاحش ، وإن كان دون ذلك ، فهو يسير . وقال بعضهم : إن أوجب نصف القيمة ، وما دونه يسير . وبعضهم قالوا : الفاحش ما لا يصلح الثوب ، واليسير ما يصلح .

قال شيخ الإسلام المعروف بـ خواهر زاده : قالوا : ما ذكروا من التحديد من هذه

الوجوه الثلاث لا يصح، بمنزلة قطع القميص، فإن محمداً أثبت لمالك الثوب الخيار بعد قطع القميص على الوجه الذي قلنا، والثوب بعد ما قطع قميصاً يصلح للقميص إن كان لا يصلح للقباء وأمثاله، والساقط من القيمة أقل من النصف، ومن الربع، مع هذا اعتبره محمد فاحشاً.
والصحيح من المذهب على ما قاله محمد: إن الخرق الفاحش ما يفوت به بعض العين، وبعض المنفعة، بأن فات جنس منفعة، ويبقى بعض العين، وبعض المنفعة، واليسير من الخرق ما لا يفوت به شيئاً من المنفعة، وإنما يفوت الجودة، ويدخل به النقصان في المالية.

قال شيخ الإسلام شمس الأئمة الحلواني: وقد قيل: يرجع في ذلك إلى الخياطين [وأهل الصناعة](١)، إن عدوا ذلك نقصاناً فاحشاً، فهو فاحش، وإن عدوا ذلك نقصاناً يسيراً فهو يسير. وقال بعض: إن كان طولاً، فهو فاحش، وإن كان عرضاً، فهو يسير. قال محمد رحمه الله: فالقول الأول أصح -والله أعلم-.

عدنا إلى مسألة قطع القميص:

٩٩٦٩- فنقول: قطع القميص خرق فاحش؛ لأنه يفوت به بعض منافعه، وفي الخرق الفاحش صاحب الثوب بالخيار؛ لأنه استهلاك من وجه دون وجه؛ فإن شاء مال إلى جهة الاستهلاك، وضمنه القيمة، وإن شاء مال إلى جهة القيام، وضمنه النقصان.

٩٩٧٠- قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني: القطع أنواع ثلاثة: فاحش غير مستأصل للثوب وهو ما مر، فالحكم فيه ما ذكرنا. وقطع يسير، وهو أن يقطع طرفاً من أطراف الثوب، ولا يثبت فيه الخيار للمالك، ولكن يضمنه النقصان. وقطع فاحش مستأصل الثوب، وهو أن يجعل الثوب قطعاً لا يصلح إلا للخرقة، ولا يرغب أحد في شرائه. وروي عن أبي حنيفة رحمه الله في هذا الفصل: أن لمالك الخيار، إن شاء ترك القطع عليه، وضمنه القيمة، وإن شاء أخذ القطع، ولا شيء عليه. وعندهما له أن يأخذ الثوب، ويضمنه النقصان، وهذه المسألة فرع مسألة الدباغ.

٩٩٧١- إذا قطع يدي عبد إنسان، قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي: والحكم الذي ذكرنا في الخرق في الثوب من تخيير المالك إذا كان الخرق فاحشاً، وإمساك الثوب، وأخذ النقصان إذا كان الخرق يسيراً، فهو الحكم في كل عين من الأعيان، إلا في الأموال الربوية، فإن التعييب هناك فاحشاً كان، أو يسيراً، كان لصاحبها الخيار بين أن يمسك

(١) هكذا ورد في نسختي ف، م.

ربا، ولا يمكن إيجاب مثله مصوغًا؛ لأنه ليس من ذوات الأمثال، فتعين إيجاب القيمة مصوغًا من خلاف الجنس.

٩٩٧٧- وإن وجده صاحبه مكسورًا، فهو بالخيار؛ لأن الكسر عيب فاحش، فإن رضي به، لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح؛ لأنه ربا. وإن أراد أن يضمن الغاصب قيمته، ضمنه قيمته مصوغًا من الذهب، وكذلك كل إناء مصوغ كسره رجل، إن كان من فضة، فعليه الذهب، وإن كسر درهمًا، أو دينارًا، فعليه مثله، والمكسور للكاسر. قال شيخ الإسلام: قال مشايخنا: هذا إذا كان الكسر ينقص من ضربه. فأما إذا كان الكسر لا ينقص من ضربه، فليس له إلا ذلك المكسور؛ لأن ما هو المقصود من الدراهم والدنانير قائم بعد الكسر على حالة لم تنقص، وهذا كما قلنا فيمن كسر رغيف إنسان: ليس لصاحبه إلا المكسور؛ لما قلنا، كذا ههنا. قال شمس الأئمة السرخسي: عليه مثله، وإن شاء صاحبه أخذه، ولم يرجع عليه بشيء، سواء انتقصت ماليته بالكسر، أو لم ينتقص.

٩٩٧٨- غصب من آخر جارية شابة، وكانت عنده، حتى صارت عجوزة، فإن لصاحبها أن يأخذها وما نقصها، وكذلك لو غصب غلامًا شابًا، فكان عنده حتى هرم أخذه صاحبه، وما نقصه. وهذا إذا كان النقصان يسيرًا، فإن كان فاحشًا، يخير المالك بين الأخذ والترك، عليه أكثر المشايخ.

٩٩٧٩- ولو غصب صبيًا فشب عنده، أو نبت شعر وجهه عنده، فصار ملتحيًا، أخذه صاحبه، ولا يضمن شيئًا، ولو غصب جارية ناهدة الثديين، فتكسر ثديها عندها، ضمن النقصان. ولو غصب عبدًا محترفًا، فنسي ذلك عند الغاصب، كان ضامنًا للنقصان. ولو غصب ثوبًا، فعفن عنده، أو احترق، أخذه المالك، وما نقصه. هذا إذا كان النقصان يسيرًا، فأما إذا كان كثيرًا، يخير بين الأخذ والترك.

٩٩٨٠- وإن كان المغصوب مكيلًا، أو موزونًا، فعفن عند الغاصب، فعليه مثله، وهذا الفاسد للغاصب، وإن شاء أخذ الطعام العفن، ولا شيء عليه. وإنما كان كذلك؛ لأن تضمين النقصان في المكيلات والموزونات يؤدي إلى الربا؛ لأنه يصل إليه مثل وزنه وكيله وزيادة، فتكون الزيادة بإزاء الجودة، والجودة في مال الربا لا قيمة لها بانفرادها، والاعتياض عما لا قيمة له ربا، وفي الثياب لا يكون ربا؛ لأن الزيادة تكون بإزاء الجودة، والاعتياض عن الجودة في الثياب جائز.

٩٩٨١- غصب فضة، فضربها دراهم، أو صاغها إناء، أو غصب ذهبًا، فضربه دنانير،

أو صاغه إناء، قال أبو حنيفة رحمه الله: لا ينقطع حق المالك، بل أخذ الذهب والفضة، ولا أجر للغاصب، وقال أبو يوسف ومحمد: ينقطع حق المالك، ويعطيه مثل ذهبه وفضته. وإن غصب دراهم، وسبكها، ثم يضرب منه شيئاً، فإنه لا ينقطع حق المالك بلا خلاف.

وجه قول أبي يوسف ومحمد أنه أحدث صنعة متقومة، واستهلك المغصوب من وجه، أما إذا ضربها دراهم؛ لأنه كسرها؛ لأن ضربة الدراهم لا يتأتى إلا بعد الكسر. وأما إذا صاغها إناء، فلأنه أخرجها من الثمنية؛ لأن قبل هذا لا يتعين بالتعيين، والآن يتعين، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: الاستهلاك لم يوجد، ومجرد الصنعة بدون الاستهلاك من وجه لا يوجب انقطاع حق المالك.

وإنما قلنا: لم يوجد الاستهلاك؛ لأن الاستهلاك من وجه بتفويت بعض الأعيان، أو بتفويت جنس المنفعة، وبضرب الفضة دراهم لم يفت شيء من العين؛ لأن قيام العين في الذهب والفضة بقيام الوزن، والوزن على حاله، ولم يفت جنس المنفعة؛ لأن منفعتها الثمنية، والثمنية قد ازدادت بالضرب دراهم، وكذلك بجعلها إناء لم يفت العين، ولم تفت الثمنية، بل انتقصت معنى الثمنية، والنقصان لا يقطع حق المالك.

٩٩٨٢- ولو غصب صفراً، وجعله كوزاً ينقطع حق المالك، وكان الكرخي يقول: هذا إذا كان بعد الصنعة لا تباع وزناً، أما إذا كان يباع وزناً ينبغي أن لا ينقطع حق المالك عند أبي حنيفة رحمه الله، كما في النقرة. وقال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي: الصحيح أن الجواب مطلق، بخلاف النقرة عند أبي حنيفة رحمه الله.

٩٩٨٣- وإن كسر صاحب الصفر الكوز بعد ما ضمن له الغاصب قيمة صفره، أو قبل أن يقضي له بالقيمة، فإن عليه قيمة الكوز صحيحاً، ويأخذ الكوز. قال شمس الأئمة الحلواني: ولا تقع المقاصة بين الضمانين؛ لأن ما وجب لصاحب الصفر على الغاصب ضمان المثل؛ لأنه يضمنه مثل وزنه من الصفر، وما وجب للغاصب على صاحب الصفر ضمان القيمة، وهو قيمة الكوز، فكانا من جنسين، فلا تقع المقاصة.

قال في الكتاب: إلا أن يحاسبه بما عليه. بعض مشايخنا قالوا: مراده من هذا إن اصطلحا على ذلك، فيكون استبدالاً، فيجوز، أما بدون ذلك لا يجوز. لما بينا أن ما وجب لصاحب الصفر على الغاصب ضمان المثل، وما وجب للغاصب على صاحب الصفر ضمان القيمة. وبعض مشايخنا قالوا: تأويله إذا كان المغصوب صفراً ليس له مثل حتى وجب قيمة الصفر، فتقع المقاصة.

٩٩٨٤- غصب من آخر مصحفًا، ونقطه فهو زيادة، وصاحبه بالخيار، إن شاء أعطاه ما زاد ذلك فيه، وإن شاء ضمنه غير منقوطة، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وروى المعلى عن أبي يوسف: أنه يأخذه بغير شيء، كرجل غصب غلامًا، وعلمه الكتابة.

٩٩٨٥- في غصب المنتقى: غصب من آخر كاغدة، وكتب عليه، ذكر شيخ الإسلام أنه ينقطع حق المالك، وذكر القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي فيه اختلاف المشايخ، قال: والصحيح أنه لا ينقطع.

٩٩٨٦- غصب من آخر قطنًا، وغزله، ونسجه، أو غصب غزلًا فنسجه، ينقطع حق المالك. ولو غصب قطنًا وغزله، ولم ينسجه، ففيه اختلاف المشايخ، والصحيح أنه ينقطع.

٩٩٨٧- غصب حنطة، وطحنه، فقول أبي حنيفة ومحمد فيها معروف. وعن أبي يوسف ثلاث روايات: في رواية: مثل ما قالا، وفي رواية: قال: يزول ملكه، ولكن لا يسقط حقه عنه، ويباع الدقيق في دينه، وهو أحق بذلك من جميع الغرماء إن مات. وفي رواية: قال: له أن يأخذ الدقيق، ويبرأ الغاصب عن الضمان.

٩٩٨٨- غصب دقيقًا فخبزه، أو لحمًا فشواه، أو سمسمًا فعصره، ينقطع حق المالك في ظاهر رواية أصحابنا.

٩٩٨٩- وكذلك إذا غصب ساجة وجعلها بابًا، أو حديدة وجعلها سيفًا، ينقطع حق المالك، ويضمن قيمة الحديد والساجة، وجميع ذلك للغاصب.

وكذلك لو غصب ساجة أو خشبة، وأدخلها في بنائه أو غصب آجرًا، وأدخله في بنائه، أو جصًّا، وبنى به، فعليه في ذلك كله القيمة، وليس للمغصوب منه أن ينقض البناء، ويأخذ الساجة، والخشبة، والآجر، والجص.

ولو غصب ساجة، وبنى حولها لا ينقطع حق المالك، وكان له أن يأخذها. وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي يحكي عن الكرخي أنه ذكر في بعض كتبه تفصيلًا، فقال: إن كانت قيمة الساجة أقل من قيمة البناء ليس له أن يأخذها، وإن كانت قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء له أن يأخذ الساجة.

وقال: المراد مما ذكر في الكتاب ما قلنا، وزعم أن هذا هو المذهب.

٩٩٩٠- قال مشايخنا: وهذا قريب من مسائل حفظت عن محمد. من كان في يده لؤلؤة فسقطت اللؤلؤة، فابتلعتها دجاجة إنسان، ينظر إلى قيمة الدجاجة واللؤلؤة، إن كانت قيمة الدجاجة أقل، يخير صاحب اللؤلؤة، إن شاء أخذ الدجاجة، وضمن قيمتها للمالك.

وإن شاء ترك اللؤلؤة، وضمن صاحب الدجاجة قيمة اللؤلؤة.

٩٩٩١- وكذلك لو أودع رجلاً فصيلاً، فكبر الفصيل حتى لم يمكن إخراجه من البيت إلا بنقض الجدار، ينظر إلى أكثرهما قيمة، ويخير صاحب الأكثر. ومسألة الدجاجة، واللؤلؤة. ومسألة الفصيل بعد هذا مع أجناسها.

٩٩٩٢- ولم يذكر في الأصل ما إذا أراد الغاصب أن ينقض البناء، ويرد الساجة، هل يحل له ذلك؟ وهذا على وجهين. إن كان القاضي قضى عليه بالقيمة، لا يحل له نقض البناء، وإذا نقض، لم يستطع رد الساجة، وإن كان القاضي لم يقض عليه بالقيمة، اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: يحل، وبعضهم قالوا: لا يحل، لما فيه من تضييع المال من غير فائدة.

٩٩٩٣- غصب من آخر داراً ونقشها بهذه الأصباغ بعشرة آلاف، ثم جاء صاحب الدار، أقول له: إن شئت فخذ الدار، وأعط الغاصب ما زاد الأصباغ فيها، فإن أبى حملت الدار للغاصب بقيمتها إذا كانت الأصباغ[1] تبلغ شيئاً كثيراً، ولو بوقت، هكذا روى هشام عن محمد، واستشهد عليه بدجاجة ابتلعت لؤلؤة، قال هشام: سمعت أبا يوسف يقول في هذه المسألة: يقال لصاحب الدار: أعط الغاصب ما زاد النقش في دارك، فإن أبى، أمره بقلعه، وضمنه ما نقص القلع.

٩٩٩٤- وفي القدوري: غصب من آخر داراً، وجصصها، ثم ردها، قيل لصاحبها: أعطه ما زاد التجصيص فيها، إلا أن يرضى صاحب الدار أن يأخذ الغاصب ما جصصه.

٩٩٩٥- قال هشام: قلت لمحمد: رجل رثب على باب مقلوع، ونقشه بالأصباغ، قال: سبيله سبيل الدار، قلت: وإن كان نقشه بالنقر، وليس بالأصباغ؟ قال: فهذا مستهلك الباب، وعليه قيمته، والباب له. قال: وكذلك لو نقش إناء فضة بالنقر.

٩٩٩٦- قال هشام: وسألت محمداً عن رجل غصب أرضاً، وغرس فيها أشجاراً، فعطلت، ونقصت، قال: إن كان قلع الأشجار يفسد الأرض، فصاحب الأرض بالخيار، إن شاء أعطاه ما زاد الأشجار في أرضه بالغة ما بلغت، وإن شاء أخذه بقلعها، وضمنه النقصان. وإن كان قلع الأشجار لا يفسد الأرض، ولكن ينقصها شيئاً، فإنه يأخذ الأرض، ويقلع الأشجار، ويضمنه النقصان، وليس لصاحب الأرض أن يقول: إنما آخذ الأشجار، ولا أقلعها، وأعطيه قيمتها، إنما له أن يعطيه قيمتها إذا كان القلع يفسد الأرض.

٩٩٩٧- مسلم غصب خمراً وخللها، قال في الكتاب: لرب الخمر أن يأخذه، واختلف

(١) هكذا ورد في الأصل، وورد في نسخ ح و م ز ط: إذا كانت تبلغ الأصباغ شيئاً.

وبين الجلد المذكى، شيء ذهب إليه الحاكم الشهيد. والجواب في الميتة والمذكى واحد، فللمالك أن يترك الجلد عليه، ويضمنه قيمة جلده.

وفي القدوري: لو أن الغاصب جعل منه خفاً أو قربة أو دفتراً أو جراباً، لم يكن للمغصوب منه على ذلك سبيل؛ لأنه تبدل الاسم والمعنى بصنع الغاصب، فكان هو أولى به، فإن كان الجلد جلد مذكى، فله قيمته يوم الغصب، وإن كان جلد ميتة، فلا شيء له.

وفيه أيضاً: لو غصب خمراً وخللها، ثم استهلكه، فعليه خل مثله؛ لأنه صار خلاً على ملك مالكه. وإذا غصب تراباً ولبنة، أو جعله آنية، فإن كان له قيمة، فهو مثل الحنطة إذا طحنها، وإن لم يكن له قيمة، فهو له، ولا شيء عليه من الضمان؛ لأن الضمان إنما يقام مقام العين عند تقومه.

وفي كل موضع ينقطع حق المالك، فالمغصوب منه أحق بذلك الشيء من بين سائر الغرماء، حتى يستوفي حقه، فإذا ضاع ذلك ضاع من مال الغاصب، ولا يكون هذه بمنزلة الرهن، هكذا ذكر في «المنتقى» وفي القدوري: أن المغصوب منه يكون أسوة للغرماء في الثمن، ولا يكون أخص بشيء من ذلك.

١٠٠٠٠- وفي «المنتقى»: ابن[1] سماعة في نوادره عن محمد: رجل هشم طستاً لرجل، وهو مما يباع وزناً، فرب الطشت بالخيار، إن شاء أمسك الطشت، ولا شيء له، وإن شاء دفعه، وأخذ قيمته، وكذلك كل إناء مصنوع. وإن كان مما لا يباع وزناً، كالسيف، فكسره رجل، كان عليه ما نقصه، فإن جاء آخر واستهلك السيف المكسور، كان عليه حديد مثله. قال من قبل: إنه يجوز للرجل أن يبيع سيفاً بدراهم وحديد مثل السيف، ولا يجوز أن يبيع طستاً يباع وزناً بدراهم، وصفر مثل وزن الطست.

قال في «المنتقى» أيضاً: إذا باع الرجل شيئاً لغيره، ثم إن البائع فعل بعض ما وصفنا، فكل شيء كان الغاصب فيه مستهلكاً، ولم يكن المغصوب منه أن يأخذه، فكذا ليس للمشتري أن يأخذه.

١٠٠٠١- وفي «العيون»: غصب من آخر عبداً قيمته خمسمائة، فخصاه، فصار يساوي ألف درهم، نص عن محمد أن صاحب الغلام بالخيار، إن شاء ضمنه قيمته يوم الخصاء خمسمائة، ولا شيء له، وإن شاء أخذ الغلام، ولا شيء له. وقال بعض المشايخ: يقوم الغلام بكم يشترى للعمل قبل الخصاء، ويقوم بعد الخصاء، ليرجع بفضل ما بينهما.

(١) ما بين معقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف

في القدوري .

ومن هذا النوع مذكور في « المنتقى » وصورته : غصب من آخر دواب بالكوفة ، ووجدها عليها بخراسان ، فإن كانت قيمتها بخراسان مثل قيمتها بالكوفة ، أمر المغصوب منه بأخذها ، وإن كانت قيمتها بخراسان أقل من قيمتها بالكوفة ، فالمغصوب منه بالخيار : إن شاء أخذها ، وإن شاء أخذ بقيمة الكوفة .

قال : وكذلك الخادم ، وكل ما له حمل ومؤنة إلى ذلك الموضع ، وكذلك كل ما يكال ويوزن إلا الدراهم والدنانير ؛ فإنه يأخذها حين وجدها ، وليس له أن يطالبه بالقيمة ؛ لأنها الأثمان التي تجري عليها بياعات الناس ، ومعناه أن معنى الثمنية لا يختلف باختلاف الأماكن ، فلا يطالبه بغيره وإن شاء آخر المطالبة ؛ لأنها حقه .

١٠٠٠٣ - وإن كان المغصوب مثليا ، وقد هلك في يد الغاصب ، فإن كان السعر في المكان الذي التقيا ، مثل السعر في مكان الغصب أو أكثر ، يجبر برد المثل ، وإن كان السعر في هذا المكان أقل ، فهو بالخيار ، إن شاء أخذ قيمته حيث غصب ، وإن شاء انتظر ؛ لأنه إنما رد في المكان الذي هو به يستضر به ، وإن اختلاف القيمة في المكانين لأجل الحمل والمؤنة ، فصار كما لو كان العين قائمة ، ونقلها إلى بلدة أخرى ، فكان بالخيار ، إن شاء أخذ القيمة ، وإن شاء انتظر .

وإن كانت القيمة في مكان الخصومة أكثر ، فالغاصب بالخيار ، إن شاء أعطى مثله ، وإن شاء أعطى قيمته حيث غصبه ؛ لأن المالك لا يستحق إلا الرد في مكان الغصب ، فلو ألزمناه تسليم المثل هاهنا ، يستضر الغاصب به ، فإنه يركبه زيادة قيمة لا يستحق المغصوب منه ، وفي التأخير إلى العود إلى مكان الغصب إضرار بالمغصوب منه ، فقلنا بأنه يسلم القيمة في مكان الغصب ، إلا أن يرضى المغصوب منه بالتأخير .

وإن كانت القيمة في المكانين سواء ، كان للمغصوب منه أن يطالب بالمثل ؛ لأنه لا ضرر على واحد منهما . هذه الجملة في القدوري .

١٠٠٠٤ - وفي « المنتقى » : غصب من آخر كرا من طعام ، يساوي مائة ، ثم صار يساوي مائة وخمسين ، ثم انقطع عن أيدي الناس ، وعز ، وارتفع ، وصار لا يقدر على مثله ، وصار يساوي مائتين ، ثم استهلكه الغاصب ، فللمغصوب منه أن يضمنه قيمة مائتي درهم ، قيمة يوم استهلكه الغاصب ؛ لأنه حين انقطع من أيدي الناس ، صار بمنزلة عرض لا مثل له غصبه رجل ، فزادت قيمته ، ثم استهلكه ؛ فله أن يضمنه يوم استهلكه إن شاء .

ولو كان غصب الكر، وهو يساوي مائتين، ثم صارت قيمته [مائة وخمسين، ثم انقطع من أيدي الناس، ثم صارت قيمته](١) مائة، ثم استهلكه الغاصب، فالمغصوب منه أن يضمنه قيمته مائة وخمسين آخر ما كان موجودًا في أيدي الناس، وليس له أن يضمنه أكثر من ذلك.

١٠٠٠٥ - ذكر ابن رستم عن محمد رحمه الله تعالى في نوادره: إذا خرق كدس رجل إن كان البر في السنبل أقل قيمة منه إذا كان خارجًا، فعليه القيمة، وإن كان خارجًا أكثر قيمة، فعليه بر مثله، وعليه في الخل القيمة.

وفيه أيضًا: رجل غصب كدسًا، فداسه، ثم أقام المغصوب منه بينة، قال: يقضى له بالبر كله، وبقيمة الخل؛ لأنه غيره عن حاله، فهو كمن طحنه.

١٠٠٠٦ - وفيه أيضًا عن محمد: رجل غصب من آخر حبة حنطة، فلا شيء على الغاصب؛ لأنه لا قيمة لها، قيل: لو أن رجلا غصبوا حبة، فبلغ ذلك قفيز حنطة.

١٠٠٠٧ - قال أبو يوسف: إذا غصب قوم رجلا ما له قيمة، ضمنهم قيمته، فإذا جاء برجل بعد رجل لم أضمنه شيئًا؛ لأن كل إنسان بما غصب منه ما لا قيمة له، ولو كان في حبة حنطة قيمة، ما حل لأحد أن يلتقط الثري، وكان عليه أن يعرفها؛ لأنها لقطة.

١٠٠٠٨ - وإذا استهلك المغصوب، وضمنه القاضي القيمة، نظر إن كان ذلك الشيء يباع في السوق بالدراهم، يقوم بالدراهم، وإن كان يباع بالدنانير، يقوم بالدنانير، وإن كان يباع بهما، فالقاضي يتخير.

في شرح كتاب الصرف في باب الغصب الحسن بن مالك عن أبي يوسف: رجل غصب بيضة، وأتلفها، فعليه مثلها، وهذا آخر قوله، وكان قوله الأول القيمة.

١٠٠٠٩ - في "المنتقى": وفيه أيضًا بشر عن أبي يوسف: رجل غصب شاة، وحلبها، ضمن قيمة لبنها، وإن غصب جارية أرضعت ولدًا له، لا يضمن قيمة اللبن، وحكاه في موضع آخر من هذا الكتاب عن أبي حنيفة. وفيه أيضًا هشام عن محمد قال أبو حنيفة رحمه الله: رجل غصب من آخر لحمًا واستهلكه، فعليه قيمته، وفيه كلمات أخر، عرفت في كتاب البيوع.

استهلك سرقين إنسان، يجب عليه القيمة؛ لأنه ليس بمثلي؛ لأنه لا يكال ولا يوزن، إنما يحمل أوقارًا، فيضمن بالقيمة.

ذكر شمس الأئمة السرخسي أن رد مثل المغصوب، ومثل المستهلك في الموضع الذي

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من م و ب.

وجب المثل ، يجب في موضع الغصب والاستهلاك . وذكر شيخ الإسلام أن ضمان الجناية إنما يجب في مكان الخصومة .

١٠٠١٦- استهلك ثوباً لرجل ، وجاء بقيمته ، فقال رب الثوب : لا أريدها ، ولا أجعلك في حل ، فللغاصب أن يرفع الأمر إلى القاضي حتى يجبره على القبول ، وإن لم يرفع الأمر إلى الحاكم ، ووضع القيمة في حجره يبرأ ، وإن وضعه بين يديه لا يبرأ .

إذا ذبح شاة إنسان لا يرجى حياتها ضمن، والراعي والبقار في مثل هذا لا يضمن، هكذا ذكر الصدر الشهيد في الباب الأول من شركة "واقعاته". وجواب محمد في "الأصل": أن الراعي يضمن، وهو القياس، والمسألة في باب إجارة الراعي. فالصدر الشهيد فرق بين الراعي والبقار، وبين الأجنبي، فضمن الأجنبي، ولم يضمن الراعي والبقار، والفقيه أبو الليث سوى بينهما، فقال: لا يضمن الأجنبي كما لا يضمن الراعي، لوجود الإذن بالذبح دلالة في هذه الحالة في حق الكل. وكذلك الجواب في البعير؛ لأن الذبح في هذه الحالة لإصلاح اللحم، وأما في الحمار والبغل، فلا يذبح؛ لأن ذبحهما ليس لإصلاح اللحم، وفي الفرس أيضاً لا يذبح، لأن ذبحه ليس لإصلاح اللحم عند أبي حنيفة؛ لأن كراهته كراهة تحريم عنده هو الصحيح.

١٠٠١٥ - إذا رفع التراب من أرض الغير، إن لم يكن للتراب قيمة في ذلك الموضع [إن انتقص الأرض برفعه ضمن النقصان، وإن لم ينتقص، فلا شيء عليه، ولا يؤمر بالكبس، وإن قال به بعض العلماء، وإن كان للتراب قيمة ذلك الموضع][١]، ضمن قيمته، تمكن النقصان في الأرض أو لم يتمكن.

في "أدب القاضي" للخصاف في آخر باب اليمين: الصيرف إذا غمز الدراهم، وكسرها، ضمن إذا قال له المالك: اغمز.

في غصب "العيون": وكذلك إذا دفع إليه قوساً، وقال له: ارم، فمدها، وانكسرت، يضمن، إلا إذا قال له: مدها، في هذا الموضع أيضاً.

١٠٠١٦ - وفي صرف "المنتقى" عن أبي يوسف في الصيرفي: إذا انتقد الدراهم بإذن صاحبها، فغمز درهماً، فانكسرت، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: لا ضمان، وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كان الناس إنما يعرفون الدراهم بالغمز، فلا ضمان، والمختار للفتوى أن صاحب المال إذا أمره بالغمز [فلا ضمان، وإن لم يأمره بالغمز، فإن كان الناس إنما يعرفون الدراهم بالغمز، فلا ضمان أيضاً، ويثبت الإذن بالغمز][٢] دلالة إذا كانت الحالة هذه.

١٠٠١٧ - إذا طبخ لحم غيره بغير أمره ضمن، ولو جعل صاحب اللحم في القدر، ووضع القدر على الكانون، ووضع تحتها الحطب، فأوقد النار، فطبخ، فإنه لا يضمن

(١) هذه العبارة وردت في جميع النسخ التي عندنا.

(٢) أثبتت هذه العبارة من جميع النسخ التي توجد عندنا.

استحسانًا.

١٠٠١٨- ومن هذا الجنس خمس مسائل: إحداها: هذه المسألة. الثانية: إذا طحن حنطة غيره بغير أمره، ضمن، ولو أن صاحب الحنطة جعل الحنطة في الدودن، وربط عليه الحمار، فجاء آخر، وساق الحمار، وطحن، لا يضمن.

١٠٠١٩- المسألة الثالثة: إذا رفع جرة غيره بغير أمره، فانكسرت، يضمن. ولو أن صاحب الجرة رفع الجرة، فأمالها إلى نفسه، فجاء إنسان، وأعانه على الرفع، فانكسرت فيما بين ذلك، لا يضمن.

١٠٠٢٠- المسألة الرابعة: من حمل على دابة غيره بغير أمره، حتى هلكت الدابة، يضمن، ولو حمل المالك على دابته شيئًا، ثم سقط في الطريق، فجاء إنسان، وحمل بغير إذنه، فهلكت الدابة، لا يضمن.

١٠٠٢١- المسألة الخامسة: إذا ذبح أضحيته بغير إذنه، إن ذبح بغير أيام الأضحية، لا يجوز، ويضمن الذابح، وإن ذبح في أيام الأضحية يجوز، ولا يضمن الذابح؛ لأن الإذن ثبت دلالة في هذه المسائل [والدلالة يجب اعتبارها ما لم يوجد الصريح بخلافه، هذه الجملة ذكرها الشيخ الإمام الأجل شيخ الإسلام في باب ما لا يجزئ في الأضحية.

ومن جنس هذه المسائل](١) ما ذكر محمد رحمه الله تعالى في شرح المزارعة في باب قبل باب المزارعة التي يشترط فيها المعاملة

إن من أحضر فعلة ليهدم دار، فجاء آخر وهدم بغير إذنه، لا يضمن استحسانًا، وصار الأصل في جنس هذه المسائل أن كل عمل لا يتفاوت فيه الناس يثبت الاستعانة فيه بكل أحد من آحاد الناس دلالة، فأما إذا كان عملاً يتفاوت فيه الناس، لا تثبت الاستعانة بكل واحد من آحاد الناس، كما لو علق الشاة بعد الذبح للسلخ، فجاء إنسان، وسلخ بغير إذنه، يضمن، ذكر محمد رحمه الله تعالى هذا الأصل في هذا الباب أيضًا

١٠٠٢٢- القصاب إذا اشترى شاة، فجاء إنسان وذبحها، فهذا على وجهين: إما إن ذبحها بعد ما أخذها القصاب، وشد رجلها، وقبل ذلك، ففي الوجه الأول: لا يضمن، وفي الوجه الثاني: يضمن.

نزع غريم رجل من يده بعذر، لكن لا ضمان عليه.

١٠٠٢٣- في فتاوى أبي الليث: دابة لرجل، دخلت زرع إنسان، فأخرجها صاحب

---

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من م و ف.

الزرع، فجاء ذئب، فأكلها. إن أخرجها صاحب الزرع، ولم يسقها بعد ذلك، فلا ضمان عليه عند أكثر المشايخ، وهو المختار للفتوى، وإن ساقها بعدما أخرجها، أكثر مشايخنا على أنه يضمن، سواء ساقها إلى مكان يأمنها فيها على زرعه، أو أكثر من ذلك، وعليه الفتوى.

١٠٠٢٤- وكذلك الراعي إذا وجد في باروكه بقرة لغيره، فطردها قدر ما يخرج من باروكه، لا يضمن، [وإن ساقها بعد][1] ذلك: يضمن. فأما إذا وجد بقرة في زرعه، فأخبر صاحبها، فأخرجها صاحبها، فأفسدت الدابة الزرع، إن أمر صاحب الزرع صاحب الدابة بالإخراج، لا يضمن صاحب الدابة شيئا، وإن لم يأمره، يضمن. هذه الجملة في الباب الأول من غصب الواقعات.

الزارع إذا دفع البقر الذي دفعه إليه رب الأرض مع البزر والأرض مزارعة إلى الراعي، فضاع، لا ضمان على أحد.

١٠٠٢٥- في غصب فتاوى أهل سمرقند: إذا امتنع صاحب الزرع عن السقي حتى فسد الزرع، لم يكن عليه ضمان الزرع، في واقعات الناطفي.

---

(١) هذه العبارة وردت في جميع النسخ التي توجد عندنا

الفصل الرابع
في كيفية الضمان

١٠٠٢٦- في "المنتقى" : بشر بن الوليد عن أبي يوسف في رجل خرق طيلسان رجل، ثم رفاه، قال : أقومه صحيحاً، وأقومه مرفوءاً، فأضمنه فضل ما بينهما.

١٠٠٢٧- وعنه أيضاً : رجل حفر بئراً في ملكه، وطمها رجل بترابها، قال : أقومها محفورة وغير محفورة، فأضمنه فضل ما بينهما، وإن طرح فيها تراباً أجبرته، وإن كان في الصحراء، فإن لم يخرج الماء، فليس عليه من دفنها شيئاً. وإن أخرج الماء وقد استحقها؛ لأنه بئر عطن، فهو ضامن للفضل ما بينهما.

١٠٠٢٨- إذا مزق دفاتر حساب إنسان، واستهلكه، ولم يدر المالك ما أخذ، وما أعطى، يضمن للمالك قيمة دفاتر الحساب، وهو أن ينظر بكم يشترى ذلك.

١٠٠٢٩- في غصب "فتاوى أهل سمرقند" وهو نظير ما ذكر في "فتاوى أبي الليث" : من خرق صك إنسان، ضمن قيمة الصك مكتوباً، على قول أكثر المشايخ : ولا ينظر إلى المال؛ لأن الإتلاف صادف الصك، وما صادف المال. وقال بعضهم : يضمن على قدر ما ينتفع به صاحبه.

في "المنتقى" : هشام عن محمد : سد المعتق باطل؛ لأنه لو صبه إنسان فسلم أضمنه، قلت له : تقول أبي حنيفة رحمه الله فمن صب سكر المسلم، يضمن قيمته، أو مثله؟ قال : قيمته.

١٠٠٣٠- إذا كسر بربط إنسان، أو طنبور إنسان، أو دفه، أو ما أشبه ذلك من آلات الملاهي، فعلى قولهما : لا ضمان. وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. يجب الضمان؛ لأن هذه الأشياء صالحة للانتفاع بها بجهة أخرى، سوى اللهو، بأن يجعل ظروفاً للأشياء، فيضمن قيمتها من هذا الوجه، لا من حيث كونه طنبوراً، أو بربطاً. وذكر في "الجامع الصغير" : أن على قول أبي حنيفة رحمه الله يضمن إلا إذا فعل بإذن الإمام، قال القاضي الإمام صدر الإسلام في "شرح الجامع الصغير" : والفتوى على قولهما لكثرة الفساد فيما بين الناس.

وذكر الشيخ الإمام فخر الإسلام علي البزدوي في "الجامع الصغير" أيضاً : أن قول أبي

الأرض ، قال شمس الأئمة السرخسي : والقول الأول أقرب إلى الصواب.

١٠٠٣٥ - قطع شجرة من دار رجل بغير أمره، فرب الدار بالخيار، إن شاء ترك الشجرة على القاطع، وضمنه قيمة الشجرة قائمة، وطريق معرفة ذلك أن يقوم الدار مع الشجرة، ويقوم بدون الشجرة، فيضمن فضل ما بينهما، وإن شاء أمسك الشجرة، ويضمن قيمة النقصان قائمة، وطريق معرفة ذلك أن يقوم الدار مع الشجرة، ويقوم بغير الشجرة أصلاً، فيتفاوت ما بينهما قيمة الشجرة مقطوعة، فيضمن فضل ما بينهما قيمة نقصان القطع، حتى لو كانت قيمة الشجرة مقطوعة، وغير مقطوعة على السواء، لا شيء عليه في فتاوى أبي الليث.

١٠٠٣٦ - وفي مجموع النوازل: من قطع شجرة من بستان رجل أو من داره، فاستهلكها، فعليه نقصان الدار أو البستان، ومن قطع شجرة من أرض رجل، فعليه قيمة الحطب.

١٠٠٣٧ - جاء إلى تنور، وقد سجرت بقصب، فصب فيه الماء، ينظر إلى قيمة التنور كذلك، وإلى قيمته غير مسجور، فيضمن فضل ما بينهما. وكذلك بئر الماء إذا بال فيها إنسان على هذا. في الواقعات الناطفي: وفي جنايات فتاوى أهل سمرقند: فتح رأس تنور إنسان، حتى برد، فعليه قيمة الحطب مقدار ما يسجر به التنور، ويمكن أن يقال: ينظر بكم يستأجر التنور المسجور ليخبز فيه من غير أن يسجر ثانيًا، فيضمن ذلك القدر، أو ينظر إلى أجرته مسجورًا، فيضمن تفاوت ما بينهما - والله أعلم -.

الفصل الخامس
في خلط الغاصب مال رجلين أو مال غيره بماله
واختلاط أحد المالين بالآخر من غير خلط

١٠٠٣٨ - قال محمد في الأصل: غصب من رجل حنطة، وغصب من آخر شعيراً وخلطهما، ضمن لكل واحد منهما مثل ما غصب منه، ولم يذكر في الكتاب أن المخلوط لمن يكون؟

١٠٠٣٩ - واعلم أن الخلط يكون على نوعين: خلط لا يتأتى معه التمييز، كخلط اللبن باللبن، وخلط الحنطة بالحنطة، وفي هذه الصورة يكون المخلوط ملكاً للخالط، وينقطع حق المالك في المال عند أبي حنيفة رحمه الله، ولكن لا يحل للخالط الانتفاع بالمخلوط قبل أداء البدل، وعلى قول أبي يوسف ومحمد للمالك الخيار، إن شاء ضمنه مثل حقه، وإن شاء شاركه في المخلوط. وأجمعوا على أنه لو غصب دهن جوز وخلطه بدهن لوز أن المخلوط يصير ملكاً للخالط.

١٠٠٤٠ - وخلط يتأتى معه التمييز، وهو على نوعين: نوع يحتاج فيه إلى كلفة ومشقة التمييز، كخلط الحنطة بالشعير.

الجواب في هذا النوع عندهما كالجواب في النوع الأول في ظاهر الرواية، وبه أخذ بعض المشايخ، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن قوله في هذا النوع كقولهما، وبه أخذ بعض المشايخ، وإليه أشار في كتاب الغصب، وفي أول كتاب الوديعة، فإنه قال: إذا كان الخالط أجنبياً، ولا يظفر به، فلهما أن يبيعاه، وإنما يكون لهما حق البيع إذا كان مشتركاً بينهما، أما إذا كان ملكاً للخالط، فلا يملكان البيع.

ومن المشايخ من قال ما ذكر من الجواب في تلك المسألة قول أبي يوسف ومحمد، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى، أما على قول ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله لا يكون لهما حق البيع.

ومنهم من قال: ما ذكر ثمة قول الكل، وهو الصحيح، والعذر لأبي حنيفة رحمه الله على ظاهر الرواية أن حق البيع لهما في تلك الصورة ما كان باعتبار أن المخلوط لم يصر ملكاً للخالط، بل باعتبار أن المخلوط إن صار ملكاً للخالط، فحقهما لم ينقطع عنه، فإن تعلق تمام

الانقطاع على وصول البدل إليهما . ألا ترى أنه لا يحل للخالط الانتفاع بالمخلوط ما لم يؤد البدل إليهما؟ وإنما بقي حقهما فيه ، قلت : إنه يباع المخلوط لإيفاء حقهما عند تعذر استيفاء الضمان من الخالط ، كالمبيع في يد البائع يباع في الثمن عند تعذر استيفاء الثمن من المشتري بغيبته ، كذا ههنا .

ومن المشايخ من قال : لأبي حنيفة رحمه الله في هذا الخلط قياس واستحسان ، القياس أن يصير المخلوط ملكًا للخالط ، وفي الاستحسان لا يصير .

ونوع لا يحتاج فيه التمييز إلى كلفة ومشقة كخلط البيض بالسود ، والدراهم والدنانير ، وفي هذا النوع لا يجب الضمان على الخالط بالاتفاق ، ولا يصير المخلوط ملكًا للخالط بالإجماع .

وفي المنتقى : قال هشام : سألت محمدًا عن رجل غصب من رجل ألف درهم ، وخلطها بدراهم من ماله ، قال : مذهب أبي يوسف في هذا إذا كانت دراهم الخالط أقل ، فالمغصوب منه بالخيار ، إن شاء ضمنه دراهمه ، وإن شاء شركه في المخلوط بقدر دراهمه .

قلت : فإن كانا سواء ، فما مذهب أبي يوسف؟ قال : لا أدري . وأما في قولنا : فالمغصوب منه بالخيار على كل حال ، إن شاء ضمن الغاصب دراهمه ، وإن شاء كان شريكًا فيه .

١٠٠٤١ – وفيه أيضًا : هشام عن محمد : إذا كان مع رجل سويق ، ومع رجل آخر سمن ، أو زيت ، فاصطدما ، فانصب زيت هذا أو سمنه في سويق هذا ، فإن صاحب السويق يضمن لصاحب السمن [أو الزيت ، مثل سمنه ، أو زيته ، لأن صاحب السويق استهلك سمن هذا ، ولم يستهلك صاحب السمن سويق][1] هذا ، ولأن هذه الزيادة في السويق .

١٠٠٤٢ – وإن كان مع أحدهما سويق ومع الآخر نورة ، فاصطدما ، فانصب سويق هذا في نورة هذا ، فإن شاء صاحب السويق أخذ سويقه ناقصًا ، وأعطى الآخر مثل نورته ، وإن شاء ضمن صاحب النورة مثل كيل سويقه ، وسلم له سويقه ، وضمن صاحب السويق لصاحب النورة مثل كيل نورته ؛ لأن كل واحد منهما جان .

وإن فعل ذلك غريب ، وذهب ، فليس لصاحب النورة على صاحب السويق شيء ؛ لأن النورة لم تزد في سويقه ، بل نقصه ، والسويق لصاحب السويق .

وفي القدوري : صب ماء في طعامه ، فأفسده ، وزاد في كيله ، فلصاحب الطعام أن يضمنه قيمته ، قبل أن يصب فيه الماء ، وليس له أن يضمنه طعامًا مثله

---

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف .

الطائر، قال: لا أجبر صاحب الطائر أن يعطيه الطائر، ويأخذ قيمة الطائر. وكذلك شيء يبتلع اللؤلؤة، وقيمة اللؤلؤة خير منه.

١٠٠٤٤- وفي «العيون»: رجل أودع رجلاً فصيلاً، أو أدخله المودع في بيته، حتى عظم، فلم يقدر على إخراجه إلا بقلع بابه، فله أن يعطي قيمة الفصيل يوم صار الفصيل في حد لا يستطيع الخروج من الباب، ويملك الفصيل دفعاً للضرر عن نفسه، وإن شاء قلع بابه، ورد الفصيل. قال الصدر الشهيد في «واقعاته»: يجب أن يكون تأويل المسألة إذا كان قيمة ما ينهدم من البيت بإخراج الفصيل [أكثر من قيمة الفصيل، وأما إذا كان قيمة الفصيل أكثر من قيمة ما ينهدم من البيت بإخراج الفصيل][1]، يؤمر صاحب الفصيل بدفع قيمة ما ينهدم إليه بإخراج الفصيل، ليكون هذا الجواب مطابقاً لما ذكر في «النوازل».

وفي كتاب الحيطان: وهذا إذا أدخل المودع الفصيل في بيته، ولو استعار المودع بيتاً، وأدخل الفصيل فيه، وعظم الفصيل، وباقي المسألة بحالها، يقال لرب الفصيل: إن أمكنك إخراج الفصيل، فأخرجه، وإلا فانحره، واجعله قطعاً قطعاً.

وإن كان حماراً، أو بغلاً، إن كان ضرر الباب فاحشاً، فالجواب كذلك أيضاً، وإن كان يسيراً أنه أن يقلع الباب، ويغرم مقدار ما أفسد من الباب، وهذا نوع استحسان؛ لأنه لو لم يجعل كذلك، يتضرر صاحب الحمار والبغل بفوات حقه أصلاً.

وفي «واقعات الناطفي»: قصار بسط ثوباً على حبل، فجاءت الريح وحملته، وألقته في صبغ إنسان، حتى انصبغ، فليس على القصار، ولا على رب الثوب شيء من قيمة الصبغ. قال الصدر الشهيد: وهذا بخلاف ما حفظنا في المسائل الخلافية، فالمحفوظ في الخلافية أن صاحب الثوب يأخذ ثوبه، ويضمن ما زاد الصبغ فيه، إلا إذا أبى صاحب الثوب[2] أن يأخذ الثوب، فحينئذ كان الجواب كما ذكر الناطفي. وذكر القدوري في باب الثوب يصبغه الغاصب على نحو ما ذكره الصدر الشهيد.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ وم وب.

(٢) هكذا ورد في الأصل، وورد في نسخ «ف» و«ظ» و«م»: إلا إذا أبى صاحب الثوب أخذ الثوب.

بالتخلية[1]، وكما وقع عقد الإجارة يبرأ عن الضمان.

١٠٠٤٨ - ولو زوج الجارية المغصوبة الغاصب، لم يبرأ من الضمان في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، خلافاً لأبي يوسف، وهو فرع اختلافهم في المشتري إذا زوج الجارية المشتراة قبل القبض، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يصير قابضاً لها، وعلى قول أبي يوسف: يصير قابضاً لها.

١٠٠٤٩ - وإن كان المغصوب منه استأجر الغاصب ليعمل المغصوب عملاً من الأعمال، فذلك جائز، وهو في يد الغاصب على ضمانه، إن هلك قبل أن يأخذ في ذلك العمل، أو بعده: ضمن.

وكذلك لو استأجره لغسل الثوب المغصوب؛ لأن الاستئجار على التعليم، وغسل الثوب لا يقتضي ثبوت اليد عليه، فإنه يتصور وقوع العمل فيه، مع كونه في يد المالك، وداره، فلا يبرأ من الضمان، وإن كان الأجير في عمله إنما يبطل عنه الضمان إذا صار عليه أجيراً؛ لأنه لا يتحمل أجر وضمان، إما أن يكون له الأجر، وهو ضامن، فهذا جائز بخلاف استئجار الدابة للركوب؛ لأن استيفاء منفعة الدابة لا يكون إلا بعد كونها مسلمة إليه، فثبوت يد الإجارة اقتضى انتفاء ضمان الغصب.

١٠٠٥٠ - وفي «المنتقى»: رجل خان رجلاً حنطة، ثم دفعها بعينها إليه، وقال: اطحنها لي فطحنها، ثم علم أنها كانت حنطته: برئ من الضمان، وكذلك لو غصبه غزلاً، ثم دفع ذلك الغزل بعينه إلى صاحب الغزل، ثم قال: انسجه لي فنسجه، ثم علم به، وكذلك إذا غصب من رجل دابة، ومات صاحب الدابة، ثم إن ابنه استعار منه دابة، فأعارها إياه، وهلكت تحته، برئ من الضمان.

١٠٠٥١ - ابن سماعة في «نوادره»: عن أبي يوسف رحمه الله تعالى، قال أبو حنيفة رحمه الله: غصب من رجل ثوباً، فأحرقه رجل في يده، ثم أعطى المحرق الغاصب قيمة الثوب برئ. وقال أبو يوسف: ليس على المحرق أن يعطي الغاصب قيمته، وإذا أعطى، لا يبرأ إلا إذا كان الإعطاء بقضاء القاضي، ولا ينبغي للقاضي أن يجبره على إعطاء القيمة، إذا علم أن الطالب غاصب، لكن يضعها على يدي رجل عدل، حتى يحضر رب الثوب، فيختار ضمان أيهما شاء.

١٠٠٥٢ - قال أبو الفضل رحمه الله تعالى: هذا الجواب خلاف ما قال في «الأصل»:

---

(١) ما بين معقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

غصب من آخر دارًا، ثم أن الغاصب استأجرها من المغصوب منه، والدار ليست بحضرتهما حين استأجرها، ينظر إن كان هو ساكنها، أو لم يكن هو ساكنها، إلا أنه قادر على سكناها، برئ من ضمانها؛ لأني أوجب الأجر عليه حينئذ.

١٠٠٥٣ - وفي "الجامع" في باب متصل بباب الطويل من البيوع: إذا أمر المالك الغاصب ببيع المغصوب، فقبل البيع لا يخرج عن ضمان الغاصب، وكذا بعد البيع قبل التسليم، لا يخرج عن ضمان الغاصب، حتى لو هلك قبل البيع، أو بعد البيع قبل التسليم، يهلك الغصب، وكذا المغصوب منه إذا باعه بنفسه، فقبل التسليم، لا يخرج عن ضمان الغصب.

١٠٠٥٤ - وكذلك المغصوب منه إذا أمر الغاصب أن يضحي بالشاة، فقبل أن يضحي بها لا يخرج عن ضمانه، نص عليه شمس الأئمة السرخسي في أول شرح كتاب العارية.

١٠٠٥٥ - إذا رد المغصوب على المغصوب منه، فجواب الكتاب أنه يبرأ مطلقًا، قال الشيخ الإمام الأجل شيخ الإسلام المعروف بـ "خواهر زاده" في كتاب الإقرار: والمسألة في الحاصل على وجوه، إن كان المأخوذ منه كبيرًا بالغًا، فالجواب ما قال في الكتاب، وإن كان صغيرًا إن كان مأذونًا في التجارة، فكذلك إن كان محجورًا، وإن كان صبيًا لا يعقل القبض والحفظ، لا يبرأ عن الضمان إذا رده عليه بعد ما أخذه منه، وإن رده عليه قبل أن يتحول عن مكان الأخذ، يبرأ استحسانًا، وكان الجواب فيه كالجواب فيما إذا أخذ لقطة، ورده إلى مكانها، ردها بعد ما تحول لا يبرأ، وإن رد قبل التحول برئ استحسانًا.

وإن كان صبيًا يعقل القبض[1] والحفظ، ففيه اختلاف المشايخ، وفي "فتاوى الفضلي": أنه يبرأ عن الضمان إذا كان الصبي يعقل الأخذ والإعطاء من غير ذكر الخلاف، وإن كان لا يعقل الأخذ والإعطاء لا يبرأ من غير تفصيل.

١٠٠٥٦ - وفيه أيضًا: إن كان المغصوب دراهم، وقد استهلكها الغاصب، ثم رد مثل ذلك على الصبي، وهو يعقل، يبرأ إذا كان مأذونًا، وإن كان محجورًا عليه لا يبرأ.

١٠٠٥٧ - وذكر في آخر كتاب اللقطة: إذا نزع الخاتم من إصبع نائم، ثم أعاده إلى إصبعه قبل أن ينتبه من تلك النومة برئ، وإن أعاده إلى إصبعه بعد ما انتبه، ثم نام، لا يبرأ.

وذكر الحسن بن زياد في كتاب الاختلاف: أخذ من نائم نعله، أو خاتمًا كان في إصبعه، ثم أعاده إلى مكانه وهو نائم، قال أبو يوسف: إن لم يستيقظ حتى رده برئ، وإن

(١) ورد في نسخة "م": يعقل القبض.

فسقط، ثم نام، ثم رده، ثم ضيع، ضمن إذا لم ينتبه بعد ذلك

وقال محمد: إن عاد في مجلسه[1] ذلك، استحسن أن يبرأ عن الضمان، سواء رده في تلك النومة، أو نومة أخرى، وإلا ضمنه، وكذلك يرده إلى إصبع أخرى.

١٠٠٥٨- إذا لبس ثوب غيره بغير أمره حال غيبته، ثم نزعه، ثم أعاده إلى مكانه، لا يبرأ عن الضمان. قال مشايخنا: وهذا إذا لبس كما يلبس الثوب عادة، وأما إذا كان قميصًا، فوضعه على عاتقه، ثم أعاده إلى مكانه، فلا ضمان؛ لأن هذا حفظ، وليس باستعمال، في آخر كتاب اللقطة.

١٠٠٥٩- وفي «المنتقى»: ابن سماعة عن محمد: في رجل أخذ ثوب رجل من بيته بغير أمره، فلبسه، ثم رده إلى بيته، فوضعه فيه، فهلك لم يضمنه استحسانًا

١٠٠٦٠- وكذلك لو أخذ دابة غيره من أريه بغير أمره، ثم رده إلى موضعها، فذهبت، فلا ضمان استحسانًا، وإن أخذ الدابة من يد المالك غصبًا، ثم ردها، فلم يجد صاحبها، ولا خادمه، فربطها في دار صاحبها على معلفها، فهو ضامن، نص عليه شمس الأئمة في شرح كتاب العارية.

١٠٠٦١- وفي «المنتقى»: الحسن بن زياد عن أبي يوسف: رجل أخذ شيئًا من دار رجل بغير علمه، ثم رده بعد أيام إلى ذلك الموضع، لا يبرأ عن الضمان ما لم يرده على صاحبه

١٠٠٦٢- وفيه أيضًا: ابن سماعة عن محمد: في رجل أخذ من كيس رجل خمسمائة درهم، وقد كان في الكيس ألف درهم، فنفقه، ثم ردها بعد أيام، ووضعها في الكيس الذي أخذها منه، فإنه يضمن الخمسمائة التي كان أخذها، ولا يبرأ منها بردها إلى الكيس.

١٠٠٦٣- في «فتاوى أبي الليث»: غصب من رجل ثوبه، وجاء به إلى المغصوب منه، ووضعه في حجره، والمغصوب منه يعلم بالوضع، إلا أنه لا يعلم أنه ثوبه، فجاء إنسان، وحمله من حجر المغصوب، قال: أخاف أن لا يبرأ عن الضمان؛ لأنه يقع عند المغصوب منه أنه وديعة، ولا يعلم ثوبه ليبالغ في الحفظ

١٠٠٦٤- في هذا الموضع أيضًا: غصب من آخر سفينة، فلما ركبها، وبلغ وسط البحر، لحقه صاحبها، ليس له أن يستردها من الغاصب، لكن يؤاجرها من ذلك الموضع إلى الشط مراعاة للجانبين، وكذلك لو غصب دابة، ولحقها صاحبها في المفازة في موضع المهلكة،

---

(١) هكذا ورد في الأصل ونسختي «ف» و«م»، وورد في نسخة «ظ»: إن أعاد في المجلس مجلسه ذلك.

لا يستردها، ولكن يؤاجرها[1] إياه كما قلنا.

١٠٠٦٥ - إذا كفن ميت في ثوب غصب، ودفن، وأهيل التراب عليه، فإن كان للميت تركة، أخذ القيمة من تركته، ولا ينبش الميت، وكذا إذا لم يكن للميت تركة، ولكن تبرع إنسان بأداء القيمة، أخذ المالك القيمة من المتبرع، ولا ينبش القبر، وإن لم يكن شيء من ذلك، فصاحب الكفن بالخيار، إن شاء تركه لأجره، وهو أفضل، وإن شاء نبش القبر، وأخذ الكفن، فإن نبش القبر، وأخذ الكفن، فوجده قد انتقص، فله أن يضمن الذين كفنوه، ودفنوه؛ لأنهم صاروا غاصبين.

١٠٠٦٦ - غصب من آخر دابة، أو ثوباً، أو دراهم، وهي قائمة بعينها، فأبرأه المغصوب منها صح الإبراء، ويكون إبراء عن ضمانها في "عيون المسائل".

وفي "فتاوى النسفي": غصب من آخر ساجة، وأدخلها في بنائه، أو غصب من آخر تالة، وغرسها في أرضه، وكبرت حتى انقطع حق المالك، ثم إن المالك قال للغاصب: وهبت لك الساجة والتالة، صح، وهذا إبراء عن الضمان في الحاصل.

١٠٠٦٧ - إذا هشم إبريق فضة إنسان، فجاء آخر وهشم هشماً، يبرئ الأول عن ضمانه، والثاني ضامن، وإنما يبرئ الأول؛ لأن صاحب الإبريق لا يمكنه أن يرد الإبريق على الأول على الحالة التي هشم.

١٠٠٦٨ - قال الفقيه أبو الليث: هكذا روي عن محمد بن الحسن، في رجل صب ماء على حنطة رجل، فجاء آخر، وصب ماء آخر، وزاده نقصاناً، فالأول يبرأ من الضمان، وعلى الثاني قيمتها يوم صب عليها الثاني.

وفي "شرح الأصل": إذا كسر إناء فضة رجل، واستهلكها صاحبه قبل أن يعطيه إياه، فلا شيء على الكاسر؛ فإن شرط التضمين تسليم المكسور إليه، وقد فوت ذلك بالاستهلاك

(١) هكذا ورد في الأصل ونسختي ظ و م، وورد في نسخة ت: لا يؤاجرها.

الفصل السابع
في التسبيب في الإتلاف

١٠٠٦٩- قال محمد في كتاب اللقطة: إذا حل دابة مربوطة لرجل، ولم يذهب بها، فذهبت الدابة على الفور، فلا ضمان على الذي حلها عند أبي حنيفة وأبي يوسف، سواء ذهبت الدابة على الفور، أو بعد ذلك بزمان، وعلى قول محمد يجب الضمان، وكذلك إذا فتح باب دار إنسان، وفي الدار دواب، فذهبت الدواب، وكذلك إذا فتح باب قفص إنسان، فطار الطير الذي فيه.

وروي عن محمد في رواية أخرى: أنه إذا ذهبت الدابة على الفور، أو طار الطير على الفور، أنه ضامن، وإن ذهبت الدابة، وطار الطير بعد زمان، لا على الفور، فلا ضمان وإنما لم يجب الضمان عندهما؛ لأن الطائر في الطير مختار، وتركه منه مقصود، فلا يحال بالتلف على الفاتح، كما لو حل قيد عبد إنسان، حتى ذهب العبد، ومحمد رحمه الله تعالى يقول في فصل العبد: العبد له اختيار معتبر شرعًا، حتى لو لم يكن كذلك بأن كان العبد مجنونًا ذاهب العقل، فهو والدابة سواء.

١٠٠٧٠- وعن محمد أيضًا: لو كان العبد المجنون مقيدًا في بيت مغلق، فحل إنسان قيده، وفتح الآخر الباب، فالضمان على الفاتح، لا على الحال. قال الفقيه أبو الليث: وقد ذكر محمد في "المبسوط": أنه لا ضمان في ذلك كله، ولم يذكر فيه اختلافًا.

١٠٠٧١- ولو حل رباط الزيت، فسال الزيت، إذا كان الزيت سائلًا، فهو ضامن؛ لأن الفاتح هو المسيل بحل الرباط؛ لأن طبعه كذلك لا يتصور خلافه.

ولو كان جامدًا، وذاب بالشمس، وسال، لم يضمن؛ لأنه ليس بمسيل؛ لأن السيلان من طبع المائع، وإنما صار مائعًا من فعل غيره.

١٠٠٧٢- وذكر في "واقعات الناطفي": صبي جاء إلى سفينة مشدودة، فحلها، وذلك يوم ريح شديد، فغرقت السفينة، فهذا على وجهين: إما أن تثبت بعد الحل ساعة، أو أقل قليل الأوقات، ثم سارت، وغرقت، أو كما انحلت لم تقف، وسارت، وغرقت، ففي الوجه الأول لم يضمن، وفي الوجه الثاني ضمن.

١٠٠٧٣- وفي "المنتقى": إذا كانت الدابة في مربط، فجاء إنسان، وفتح الباب،

١٠٠٨١ - وحكي عن القاضي الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندي : أن المضروب إذا شكى[1] إلى السلطان [حتى أخذ السلطان مالاً][2] من الضارب ، أنه لا ضمان عليه ، وكذلك إذا كان يفسق ، ولا يمتنع عنه بالأمر بالمعروف ، فرفع إلى السلطان ، فأخذ السلطان منه مالاً ، فلا ضمن عليه .

١٠٠٨٢ - الوجه الثاني : أن يقول للسلطان : إن فلاناً وجد كنزاً في داره ، أو قمقم عطارف ، فإن كان السلطان يغرم الناس جزافاً لامحالة ، فهو ضامن ، وإن كان قد يغرم الناس جزافاً ، وقد لا يغرم الناس ، فلا ضمان عليه .

١٠٠٨٣ - الوجه الثالث : أن تكون السعاية بغير حق ، وفي هذا الوجه لا ضمان على الساعي في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ، خلافاً لمحمد ، وجعل هذه المسألة فرع مسألة فتح باب القفص ، قال رحمه الله تعالى : والفتوى على قول محمد في زماننا ، لكثرة السعاة زجراً لهم ، صيانة لأموال الناس ، وذكر في فتاوى النسفي أنه سئل عن السعاية بغير ذنب؟ قال : روي عن زفر أنه ضامن ، قال : وبه أخذ كثير من مشايخنا .

١٠٠٨٤ - وفيه أيضاً : العبد إذا سعى على غيره بغير ذنب إلى السلطان حتى أخذ منه مالاً ، أن العبد ضامن ، ولكن لا يؤاخذ به إلا بعد العتق ؛ لأن هذا ضمان قول .

١٠٠٨٥ - إذا رش الماء في الطريق ، فجاء حمار ، وزلق به ، وعطب ، ذكر في فتاوى أبي الليث أن عليه الضمان ، ولم يذكر ما إذا زلق به إنسان ، وعطب ، وذكر محمد في ديات الأصل : أن على عاقلته الضمان من غير تفصيل .

١٠٠٨٦ - وذكر الشيخ الإمام الأجل شيخ الإمام تأويل المشايخ ، وأحسن التأويل : إذا رش كل الطريق بحيث لا يجد المار موضعاً يابساً يمر عليه ، ففي هذا الوجه الراش ضامن ، وكذلك الجواب في الخشبة الموضوعة في الطريق إن أخذت الطريق كلها ، فمر عليها ، وعثر ، ومات ، فالواضع ضامن .

وأما إذا رش بعض الطريق ، فمر إنسان على الموضع الذي رش ، إن لم يعلم بذلك ، بأن كان ليلاً وعثر ، ومات من ذلك ، وجب على الراش الضمان ، وإن علم بذلك ، ومر مع ذلك على موضع الرش ، فلا ضمان على الراش .

وكذلك الجواب في الخشبة الموضوعة في الطريق ، فأخذت بعض الطريق ، فمر عليها

---

(١) هكذا ورد في الأصل ، وورد في نسخ ظ و ف و م : إذا اشتكى .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف .

إنسانٌ متعمداً، وإلى هذا أشار محمد في مسألة حفر البئر، وصورتها: إذا حفر بئراً على قارعة الطريق، فجاء إنسان، ووثب من أحد جانبي البئر إلى الآخر مخاطراً بذلك، فوقع في البئر، ومات، فلا ضمان على الحافر.

وأما إذا أمر غيره بالرش، إن أمره بالرش على فناء الدكان، يعني دكان الآمر، فالآمر ضامن، ولا ضمان على الراش، وإن كان بخلافه، فالراش ضامن، والحارس إذا رش هو، يضمن كيف ما كان.

١٠٠٨٧ - وإذا رش الماء في الطريق، وجاء رجل بحمارين، فتقدم صاحب الحمار إلى أحدهما بقوده، فتبعه الحمار الآخر، فزلق، فانكسر رجله، فإن كان صاحب الحمار سائقاً لهما، فلا ضمان على الراش، وإن لم يكن سائقاً لهما، فالراش ضامن.

١٠٠٨٨ - إذا ربط حماراً على موضع، فجاء آخر، وربط حماره على ذلك الموضع أيضاً، فعقر أحد الحمارين الآخر، فإن ربطا في موضع كان لهما ولاية الربط [بأن لم يكن ذلك الموضع طريقاً، ولا ملكاً لأحد، فلا ضمان، وإن ربطا في موضع ليس لهما ولاية الربط](١)، يجب الضمان على صاحب الحمار؛ لأن ربطه على هذا الموضع جناية منه، فما تولد منه يكون مضموناً.

في غصب فتاوى أبي الليث: زعم بعض مشايخنا أن هذه المسألة مؤولة في طريق الضمان، وتأويلها إذا عض حمار الرجل الثاني حمار الرجل الأول، وأما إذا عض الأول حمار الثاني، فلا ضمان على الأول؛ لأن فعل الثاني سبب إلى التلف، أما فعل الأول فليس بسبب، وليس الأمر كما ظنوا، بل المسألة مجراة على إطلاقها، والضمان واجب على صاحب العاض أيهما كان.

١٠٠٨٩ - إذا شق راوية رجل، وهو ضامن لما شق من الراوية، ولما سال منها. وما عطب بما سال منه، ما لم يسقها صاحبها، فإن ساقها صاحبها، وهو يعلم بذلك، ضمن صاحبها ما عطب بما سال منه بعد سوقه إياها، ولا يضمن الشاق ذلك، وكذلك لا يضمن الشاق ما سال منها بعد سوقه إذا كان الشق بحال يمكن لصاحبها دفع ذلك، فأما إذا كان بحال لا يمكنه دفع ذلك، فإن الضمان على الشاق.

وكذلك إذا شق راوية رجل، وسال ما فيه حتى مال الجانب الآخر، ووقع وتخرق، وسال ما في الزق الآخر، فإن الضمان على الشاق إلا إذا ساقها رب الدابة مع العلم بالشق،

(١) هذه العبارة أثبتت من نسخة ط.

الفصل الثامن
في الدعوى الواقعة في الغصب، واختلاف الغاصب والمغصوب منه والشهادة في ذلك

١٠٠٩٢ - قال محمد في "الأصل": إذا ادعى رجل على رجل أنه غصب منه جارية له، وأقام على ذلك بينة، يحبس المدعى عليه حتى يجيء بها، ويردها على صاحبها. قال شمس الأئمة الحلواني: ينبغي أن يحفظ هذه المسألة؛ لأنه قال: أقام بينة أنه غصب جارية له، ولم يبينوا جنسها وصفتها، فمن المشايخ من شرط بيان الجنس والصفة والقيمة، وأول ما ذكر في الكتاب على هذا، وحكي عن أبي بكر الأعمش تأويل المسألة: أن الشهود شهدوا على إقرار الغاصب أنه غصب الجارية بإقراره في حق الحبس والقضاء جميعًا، والصحيح أن هذه البينة تقبل في حق الحبس من غير بيان الجنس، والصفة، والقيمة، فأما إذا حبسه القاضي، وأحضر المحبوس جارية، فإن اتفق الغاصب والمغصوب منه أن جاريته هذه يقضى بها للمغصوب منه.

وإن أنكر الغاصب أن تكون هذه الجارية جارية المدعي، وادعاها المالك، لا يقضى بها للمغصوب منه، ما لم يعد البينة أنها هي الجارية التي غصبها منه.

١٠٠٩٣ - وإن قال الغاصب: قد ماتت الجارية، أو بعتها، ولا أقدر عليها، إن صدقه المغصوب منه في ذلك، خلى سبيله ويقضي عليه بالقيمة إن أراد المغصوب منه، وإن كذبه، يحبس، وينتظر، ويتلوم له، فإن انقضى هذه المدة تقع في غالب رأي القاضي أنه لو كان قادرًا لما تحمل مرارة الحبس إلى مثل هذه المدة، فالقاضي يخلي سبيله.

قال شمس الأئمة رحمه الله: وهذا التلوم إذا لم يرض المغصوب منه بالقيمة، فإن لم يعرف من الرضا، ومضت هذه المدة، يخلي سبيله. بعد هذا القاضي يقول للمغصوب منه: ما تريد ضمان القيمة، أو التلوم إلى أن تظهر الجارية؟ إن قال: ضمان القيمة، إن اتفقا على القيمة، قضى القاضي بتلك القيمة، وإن اختلفا، إن كان للمدعي بينة على ما ادعى، قضى بتلك البينة، وإن لم يكن، فالقول قول الغاصب مع يمينه، ويحلف بالله ما قيمته إلى عشرين درهمًا. ذكر هذه الكيفية في غصب "الأصل" قبل مسألة الخلط.

١٠٠٩٤ - فإذا حلف وأدى القيمة، ثم ظهرت الجارية، كان المالك بالخيار، إن شاء،

يرضى بالقيمة التي أخذها، وإن شاء ردها، وأخذ الجارية. قال شيخ الإسلام: قال بعض مشايخنا: إن كان الذي ضمن مثل قيمة الجارية أو أكثر، لا يكون للمالك خيار في استرداد الجارية، وذكر شمس الأئمة السرخسي: أن هذا الفصل هو المذكور هنا. قال شمس الأئمة السرخسي: هذا، والصحيح أن للمالك الخيار على كل حال، وإليه أشار في الكتاب، حيث أطلق الجواب إطلاقا.

وذكر شمس الأئمة الحلواني: أنه إذا ظهر أن قيمتها مثل ما قال الغاصب، فيه روايتان: قال في موضع: لا خيار للمولى، ولا سبيل له عليها، وفي موضع آخر له الخيار.

وإن كان ما أخذ أصحاب قيمتها، قال شمس الأئمة: هذا والقول الأول سواء.

١٠٠٩٥ - ولو ادعى الغصب، وجاء بشاهدين، شهد أحدهما على الغصب، وشهد الآخر على إقرار الغاصب بالغصب، لا تقبل الشهادة، وهذا بخلاف ما لو شهد أحدهما بالبيع، وشهد الآخر على الإقرار بالبيع، حيث تقبل الشهادة.

١٠٠٩٦ - ولو شهد أحد الشاهدين له بالملك، وشهد الآخر على إقرار الغاصب له بالملك، لا تقبل الشهادة؛ لأن المشهود به مختلف فيه؛ لأن الملك المطلق الثابت بالشهادة غير الملك المطلق الثابت بالإقرار، حتى يستحق بالأول الزوائد المنفصلة دون الثاني.

١٠٠٩٧ - ادعى جارية في يدي رجل أنها جاريته، غصبها هذا منه، فشهد أحد الشاهدين بذلك، وشهد الآخر أنها جاريته، ولم يقل: غصبها هذا منه، تقبل الشهادة؛ لأنهما اتفقا على الملك، وتفرد أحدهما بالزيادة، فتقبل الشهادة على ما اتفقا عليه.

ادعى جارية في يدي رجل أنها له، غصبها منه صاحب اليد منه، فلم يشهد شهود المدعي بالغصب، إنما شهدوا أنه بالملك، فقال القاضي: أقضي بالجارية للذي أقام البينة، هل يحلف بالله ما غصبه، ولا أحلف له فيه؟ قال: لا، إلا أن يدعي صاحب اليد شيئا من ذلك.
وعن أبي يوسف أنه يحلفه، وإن لم يطلب الخصم، ليكون الحكم للقضاء أبرم.

١٠٠٩٨ - وأجمعوا أن من ادعى دينا في التركة، فالقاضي يحلفه مع إقامة البينة بالله ما استوفيت الدين، ولا أبرأته، وإن لم يدع الخصم ذلك، وهذه المسألة تشهد لأبي يوسف.

١٠٠٩٩ - وإذا ماتت الدابة المغصوبة، ووقع الاختلاف بين الغاصب والمغصوب منه، فقال الغاصب: رددت الدابة عليك، وماتت عندك، وقال رب الدابة: لا، بل نفقت عندك من ركوبك، ولم يكن لواحد منهما بينة، فالقول قول رب الدابة؛ وذلك لأن الغاصب أقر بالسبب

الموجب للضمان، وهو الغصب، وادعى ما يبرئه، فيكون القول قول صاحب المال، كما لو قال: أكلت مالك بإذنك، أو أخذت مالك بإذنك، وأنكر صاحب المال، كان القول قوله، لما ذكرنا أنه أقر بالسبب الموجب للضمان، وادعى ما يبرئه، فلم يصدق إلا ببينة، فكذلك ههنا.

فإن أقاما جميعًا البينة، فأقام رب الدابة البينة أنها نفقت عند الغاصب من ركوبه، وأقام الغاصب بينة أنه قد ردها عليه، ثم ماتت في يده، فإن الغاصب يضمن قيمتها.

فرق بين هذا وبين ما إذا أقام الغاصب بينة أنه ردها على المالك، وأقام المغصوب منه بينة أنها نفقت عند الغاصب، ولم يشهدوا أنها نفقت من ركوبه، قال: لا ضمان على الغاصب.

وبين المسألتين فرق من حيث الصورة، فأما لا فرق بين المسألتين من حيث المعنى، وذلك لأنا نعمل بالبينتين جميعًا في الموضعين، ونجعل كأن الأمرين كانا، فنجعل في المسألة الأولى كأن الغاصب ردها، ثم ركب بعد الرد، ونفقت من ركوبه، ونجعل في المسألة الثانية كأنه ردها، ثم نفقت عنده الدابة بعد الرد؛ لأن العمل بالبينتين جميعًا في المسألة الأولى يوجب الضمان؛ لأنه متى ردها على المالك، ثم ركب بعد الرد، ونفقت من ركوبه، فيضمن، ويكون هذا منه غصبًا آخر، فيعتبر ضامنًا.

والعمل بالبينتين في المسألة الأخرى لا يوجب على الغاصب ضمانًا؛ لأنه متى رد، ثم نفقت الدابة بعد الرد عند الغاصب من غير صنعه، بأن أعلفت الدابة بعد الرد[1]، ونفقت عنده، لا يكون عليه ضمان، فكذا هذا.

وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في شرحه مسألة الفرق أن ما ذكر أنه لا ضمان على الغاصب قول محمد، أما على قول أبي يوسف، فهو ضامن.

٩٠١٠ - وإذا اختلف رب الثوب والغاصب في قيمة الثوب، وقد استهلكه الغاصب، فالقول قول الغاصب مع يمينه؛ لأنه ينكر الزيادة، والبينة بينة رب الثوب؛ لأنها تثبت الزيادة.

وإن لم يكن لرب الثوب بينة، وجاء الغاصب ببينة أن قيمة الثوب كذا، وكذبه رب الثوب، وسأل يمينه، يعني يمين الغاصب، فإنه يحلف على دعواه، ولا تقبل بينته؛ لأن بينته تنفي الزيادة، والبينة على النفي لا تقبل.

قال بعض مشايخنا: ينبغي أن تقبل بينة الغاصب لإسقاط اليمين عن نفسه، وقد تقبل البينة لإسقاط اليمين، ألا ترى أن المودع إذا ادعى رد الوديعة يقبل قوله، ولو أقام البينة على ذلك قبلت بينته، وطريقه ما قلنا.

(١) هكذا ورد في نسخ الوافر التي عندنا، وورد في الأصل: تعصب

فكذلك الجواب، لا يصدق؛ لأن اسم الخاتم اسم الكل، فيصير راجعاً بعد الإقرار.

١٠٦٠٥- ولو قال: غصبت البقرة من فلان، ثم قال: ولدها لي، قبل قوله.

فرق بين الإقرار والشهادة، فإنه إذا شهد شاهدان لرجل أن هذه بقرته، ولها ولد، فإن المشهود له يستحق البقرة مع الولد.

في القدوري: وإذا شهد شهود المدعي بغصب العبد، وموته عند الغاصب، وشهد شهود الغاصب أن العبد مات في يد مولاه قبل الغصب، لم يلتفت إلى هذه البينة، يعني الغاصب؛ لأن شهود الغاصب عن فوائد المولى، ولم يعرفوا الغصب، وشهود المدعي عرفوا الغصب، فكان شهادتهم أولى.

ولو أقام المدعي بينة أن الغاصب غصبه يوم النحر بالكوفة، وأقام الغاصب بينة أنه كان يوم النحر بمكة، أو بالمدينة، فالضمان واجب على الغاصب؛ لأن البينة التي أقامها الغاصب على كونه يوم النحر بمكة لا يتعلق به حكم، فبطلت ضرورة.

١٠٦٠٦- قال محمد في «الإملاء»: إذا شهد شهود الغاصب أنه مات في يد المغصوب منه، وشهد شهود المغصوب منه أنه مات في يد الغاصب، فالبينة بينة الغاصب؛ لأن بينة المالك لا تثبت إلا ما ثبت بإقرار الغاصب، فإن الضمان يجب بالغصب، لا بالموت، والغاصب قد أقر بالغصب، فخرج بينة المالك من البين، والغاصب بينته تثبت الرد، حيث أثبت الموت في يد المالك.

١٠٦٠٧- في «المنتقى»: ابن سماعة عن أبي يوسف: في رجل غصب من آخر عبداً، فوجد المغصوب منه عبده، فأخذه، وفي يده مال، فقال الغاصب: هو مالي، وقال المغصوب منه: هو مالي، قال: إن كان العبد في منزل الغاصب، والمال في يده، فهو للغاصب، وإن لم يكن في منزل الغاصب، فهو للمغصوب منه.

١٠٦٠٨- بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: الغاصب الثوب إذا قال: صبغت الثوب أنا، وقال المغصوب منه: غصبته مصبوغاً، فالقول قول المغصوب منه.

وكذلك إذا اختلفا في بناء الدار، وحلية السيف، فهو مثل اختلافهما في الصبغ.

١٠٦٠٩- عمرو بن أبي عمرو عن محمد: إذا وقع الاختلاف في بناء الدار، فالقول قول رب الدار، كما قال أبو يوسف، قال: وإن أقاما البينة، فالبينة بينة الغاصب، قال: وكذلك النخيل والشجر في الأرض.

ولو اختلفا في متاع موضوع في الدار المغصوبة، أو في آجر موضوع، أو في باب موضوع، فالقول قول الغاصب، والبينة بينة المغصوب منه.

١٠١٦٠- رجل غصب عبد رجل، وباعه، وسلم العبد، وقبض الثمن، ومات العبد في يد المشتري، فقال: أنا أمرته بالبيع، فالقول قوله، ولو قال: لم آمره، ولكني أجزت البيع حين بلغني، لم يلتفت إلى قوله، ولا سبيل له على الثمن، إلا أن يقيم البينة أنه أجاز البيع قبل موت العبد.

١٠١٦١- هشام في "نوادره": سألت محمداً عن رجل أتى سوقاً، وصب لإنسان زيتاً وسمناً، أو شيئاً من الأدهان، أو الخل، وعاينت البينة ذلك، وشهدوا عليه، فقال الجاني: صببت وهو نجس، وقد ماتت فيه فأرة، فالقول قوله. قلت له: فإن أتى إلى سوق القصابين، فعمد إلى طرائح اللحم، فرمى بها، واستهلكها، والشهود عاينوا ذلك، فشهدوا عليه، فقال الجاني: هي ميتة، قال: لا أصدقه على ذلك، ويسع الشهود أن يشهدوا أنه ذكية؛ لأنه لا يباع في الأسواق لحم ميتة، ويباع فيها زيت وسمن قد ماتت فيه الفأرة.

إبراهيم عن محمد: رجل اتخذ من طين رجل لبناً، أو جداراً، فهو له، وعليه قيمة الطين، وإن قال رب الطين: أنا أمرته أن يتخذه، قال: هو لرب الطين.

بشر عن أبي يوسف: إذا شهد شهود الغاصب أن رب العبد قبضه منه، فمات عنده، وشهد شهود المغصوب منه أن العبد قد مات عند الغاصب، فالغاصب ضامن القيمة، قال أبو الفضل: هذا خلاف جواب "الأصل".

الفصل التاسع
في تملك المغصوب الغاصب والانتفاع به

١٠١٦٢ - ذكر في «فتاوى أبي الليث» عن الفقيه أبي بكر الإسكاف: فيمن غصب من آخر غنمًا، وضحّى به، أو غصب حنطة وطحنها، وصار الملك له، ووجب عليه القيمة، فأكله حلال في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وفي قول أبي يوسف: أكله حرام قبل أن يرضى صاحبه.

١٠١٦٣ - وفي «فتاوى أهل سمرقند»: من غصب من آخر طعامًا، فمضغه حتى صار بالمضغ مستهلكًا، فما ابتلعه كان حلالاً في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، خلافًا لأبي يوسف، بناء على أن شرط الطيب الملك بالبدل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى [وعندهما] أداء البدل.

حكي عن الشيخ الإمام الزاهد نجم الدين النسفي: أنه كان لا يصحح ما ذكر عن أبي حنيفة رحمه الله[1] في هاتين المسألتين، وكان ينكر ذلك قول أبي حنيفة رحمه الله، وكان يقول: الصحيح عند المحققين من مشايخنا على قضية مذهب أصحابنا أن الغاصب لا يملك المغصوب، إلا عند أداء الضمان، أو قضاء القاضي بالضمان، أو تراضي الخصمين على الضمان، فإذا وجد شيء من هذه الأشياء الثلاثة، يثبت الملك وما لا فلا، وبعد وجود شيء من هذه الأشياء الثلاثة، إذا ثبت الملك لا يحل للغاصب تناوله؛ لأنه استفاده بفعل لا يحل، فصار كالمملوك بالبيع الفاسد عند القبض، إلا أن يجعله صاحبه في حل، فحينئذٍ يباح تناوله لانقطاع ذلك السبب.

١٠١٦٤ - في «القدوري»: غصب حنطة وزرعها، فعليه مثلها، ويتصدق بالفضل، ويكره الانتفاع بها حتى يرضى صاحبها، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وعلى قول أبي يوسف على ما روى عنه بشر: لا يكره الانتفاع قبل أداء الضمان، وعلى ما روى عنه هشام: يكره الانتفاع.

فرق أبو يوسف بين هذه المسألة وبينما إذا غصب من آخر حنطة، وطحنها على رواية بشر، فإن في تلك المسألة يكره له الانتفاع قبل أداء الضمان عنده باتفاق الروايات.

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ب.

يعطيه قيمتها تامة.

١٠١١٩ - وإن أعتقها الغاصب بعد القضاء بالقيمة الناقصة، جاز عتقه، وعليه تمام القيمة كالعتق في الشراء الفاسد، إذا ملك الغاصب المغصوب بالضمان، ثم نظر إليه، فوجده معيبًا، فله أن يرده بالعيب، ولكن بعد أن يحلف بالله لقد ضمنت القيمة، ولم يعلم بالعيب، وكذلك له أن يرده بخيار الرؤية.

وعن أبي يوسف: في إنسان يذهب بحنطة رجل، فيزرع في أرض رجل فنبت، قال: إن كان للحنطة ثمن، جاز جميع ما يخرج منها لصاحب الحنطة، ويتصدق بالفضل، ولا شيء عليه من نقصان الأرض.

١٠١٢٠ - اشترى جارية بثوب مغصوب، لا يحل له وطؤها قبل أداء الضمان؛ لأنه لو استحق الثوب يلزمه رد الجارية

١٠١٢١ - ولو تزوج امرأة بثوب مغصوب، حل له وطؤها؛ لأنه لو استحق الثوب لا يبطل النكاح. (في أول غصب شمس الأئمة السرخسي)

١٠١٢٢ - وفي "المنتقى": ابن سماعة في نوادر عن محمد: في رجل غصب من آخر ألف درهم، وتزوج بها امرأة، أو اشترى به ثوبًا وسعه وطء المرأة، ولبس الثوب. قال من قبل: إن العقد جاز[1] على ألف درهم، ولم يقع على تلك الدراهم بعينها، فلا أبالي بعدها أو غيرها.

وفيه أيضًا: ولو اشترى بالألف المغصوبة جارية، أو ثوبًا، ودفع الألف في الثمن إلى البائع، ثم باع الأمة، أو الثوب وربح، يتصدق بالربح، وإن دفع الألف إلى ربها، ثم باع الثوب بفضل، طاب له الفضل.

١٠١٢٣ - وفيه أيضًا: إبراهيم عن محمد: غصب من آخر دراهم، واشترى بها دنانير لا يسعه أن ينفق الدنانير؛ لأن الدراهم لو استحقت بعدما افترقا، انتقض البيع في الدنانير، فإن قضى صاحب الدراهم مثلها، حلت له الدراهم.

١٠١٢٤ - اشترى بدراهم مغصوبة، أو دراهم اكتسبها من الحرام شيئًا، فهذا على وجوه: إما أن دفع إلى البائع تلك الدراهم أولًا، ثم اشترى منه بتلك الدراهم، أو اشترى قبل الدفع بتلك الدراهم ودفعها، أو اشترى قبل الدفع بتلك الدراهم، ودفع غير تلك الدراهم، أو اشترى مطلقًا، ودفع تلك الدراهم، أو اشترى بدراهم أخر، ودفع تلك الدراهم، وفي

(١) وفي م: جاز مكان جاء.

الوجوه كلها لا يطيب له الربح قبل الضمان يعني قبل ضمان الدراهم، وبعد الضمان يطيب له الربح، هكذا ذكره في "الجامع الصغير".

قال أبو الحسن الكرخي: هذا الجواب صحيح في الوجه الأول والثاني. وأمّا في الوجه الثالث والرابع والخامس يطيب له، واليوم الفتوى على قول أبي الحسن لكثرة الحرام؛ دفعاً للحرج عن الناس، وعلى هذا تقرّر رأي الصدر الإمام الأجل الشهيد، ذكره في الباب الأوّل من "شرح الواقعات".

١٠١٢٥- نهر مغصوب جاء إنسان، وأراد الوضوء أو الشرب منه، إن حول الغاصب النهر عن موضعه يكره؛ لأنه انتفاع بملك الغير، وصار كالصلاة في الأرض المغصوبة، وإن لم يحوّل لا يكره؛ لأن الناس شركاء في الماء.

١٠١٢٦- رجل غصب طاحونة، وأجرى ماءها في أرض غيره من غير طيب من نفس صاحب الأرض لا يحل للمسلمين الانتفاع بهذه الطاحونة، إذا علموا بذلك، لا شراءً، ولا إجارةً، ولا طحناً بأجر، ولا عارية؛ لأنه استعمال ملك الغير.

١٠١٢٧- الأكل من أرض الجور يريد به أرض المملكة، وهي سيان دهي فقي الأرض نصيب الأكرة يطيب لهم إذا أخذوا مزارعة، أو إجارة؛ لأنه ملكهم، وفي الكروم والأشجار إن كان يعرف أربابها لا يطيب للأكرة، ولا لغيرهم؛ لأنه ملك الغير.

وإذا لم يعرفوا طاب للأكرة نصيبهم؛ لأن التدبير في معاملتها إلى السلطان، وصار بمنزلة أرض بيت المال.

١٠١٢٨- وأما نصيب بيت المال فينبغي للسلطان أن يتصدق به وإن لم يفعل، فلا إثم عليه هذا الذي ذكرنا طريق الحكم. أما طريق الاحتياط فما روي عن خلف ابن أيوب أنه كان لا يأكل من طعام بلخ إلا في وقت يباح له الميتة، وكان الميتة لا يأكل قدر الشبع؛ لأن السلطان أخذ ضيع علي بن عيسى لنفسه، لكن في هذا الزمان الاجتناب عن هذه الشبهات قل ما يمكن، حتى يروى عن علي بن إبراهيم في موضع آخر أنه سئل عن هذه الشبهات، فقال: ليس هذا زمان الشبهات، اتق الحرام عياناً يعني إن اجتنب عن الحرام كفاك، وذكر بعد هذا أن الشبهة إلى الحرام أقرب، قيل: هكذا قال أبو يوسف، لأنه لو لم يكن حقيقة يجعل كذلك احتياطاً.

١٠١٢٩- وأما المكروه تكلموا، والمختار ما قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إنه إلى الحرام أقرب كيف؟ وقد روي عن محمد نصاً بأن كل مكروه حرام ما لم يعم الدليل بخلافه.

١٠١٣٠ – وفي "فتاوى أهل سمرقند": غصب حانوتًا، وعمل به وربح، طاب له الربح؛ لأنه حصل بالتجارة.

وفي "فتاوى أبي الليث": لو أعلف دود القز من أوراق تأخذها بغير إذن مالكها، قال أبو القاسم: عليه أن يتصدق بالفضل على قيمة دوده يوم بيع الفيلج.

١٠١٣١ – وفي "المنتقى": قال أبو يوسف: إذا غصب رجل أرضًا وبناها حوانيت وحمامًا ومسجدًا، فلا بأس بالصلاة في ذلك المسجد، وأما الحمام فلا يدخل، ولا يستأجر الحوانيت، قال: ولا بأس أن يدخل الحوانيت لشراء متاع.

قال هشام: وأنا أكره الصلاة فيه، حتى يطيب ذلك لأربابه، وأكره شراء المتاع من أرض الغصب، أو حوانيت غصب، ولا أرى أن تقبل شهادة الذي يبيع في حوانيت الغصب، إذا علم أن ذلك غصب، وإذا أراد أن يمر في أرض الغير إن كان له طريق ليس له أن يمر في طريق الغير، وإن لم يكن له طريق احتمل له أن يمر في أرض الغير ما لم ينهه من ذلك صريحًا. وهذا في حق الواحد، أما الجماعة فليس لهم أن يمروا في أرض الغير إلا برضاه صريحًا؛ لأن مرور الواحد لا يضر الأرض، فكان صاحب الأرض راضيًا به دلالة، والعمل بالدلالة واجب، إلا إذا جاء التصريح بخلافه، بخلاف مرور الجماعة؛ لأنه يضر بالأرض ضررًا فاحشًا، فلم يكن صاحب الأرض راضيًا به دلالة، فيشترط الرضا صريحًا.

١٠١٣٢ – وإذا أراد المرور في الطريق المحدث، إن علم أن صاحب الملك هو الذي جعل ملكه طريقًا، حل له المرور فيه، وإن لم يعلم ذلك، ولكن لا يعلم أيضًا أنه غصب، فكذلك الجواب، هكذا ذكر عن جماعة من مشايخ بلخ رحمهم الله تعالى، والله أعلم.

الفصل العاشر
في الأمر بالإتلاف، وما يتصل به

١٠١٣٣ - وإذا أمر غيره بأخذ مال الغير، فالضمان على الآخذ، ولا رجوع له على الآمر؛ لأن الأمر لم يصح؛ وفي كل موضع لم يصح الأمر، فالضمان على المأمور من غير رجوع.

أما الجابي إذا أمر العوان بالأخذ(١)، قال الصدر الشهيد: فيه نظر، باعتبار الظاهر، لا ضمان على الجابي؛ وإنما الضمان على الآخذ. وباعتبار السعاية يجب الضمان على الجابي، فيتأمل عند الفتوى، والمختار أنه لا يجب الضمان على الجابي.

١٠١٣٤ - وفي الخانية: إذا رأى العوان بيت صاحب المال، فلم يأمره بشيء، أو الشريك إذا رأى العوان بيت الشريك حتى أخذ المال، وأخذ من بيته رهنًا بالمال الذي طولب لأجل ملكه، ووضع الرهن، فالشريك والجابي لا يضمنان بلا شبهة. والكلام في هذا الفصل أظهر؛ لأنه لم يوجد منهما أمر، ولا احتيال، ودفع العوان في الجملة ممكن بطريقه، فأما دفع السلطان، غير ممكن.

١٠١٣٥ - وإذا أمر الرجل غيره أن يذبح له هذه الشاة، وكانت الشاة لغيره، ضمن الذابح، علم أن الشاة لغير الآمر أو لم يعلم، وهل يرجع بالضمان على الآمر؟ إن علم أن الشاة لغير الآمر، حتى علم أن الأمر لم يصح، لا يكون له حق الرجوع؛ وإن لم يعلم حتى ظن صحة الأمر، رجع. ذكر شيخ الإسلام هذه المسألة مع أجناسها في شرح كتاب الذبائح.

١٠١٣٦ - في غصب فتاوى أبي الليث: سئل أبو بكر عن رجل جاء بدابة في شط نهر ليغسلها، وهناك رجل واقف، فقال الذي جاء بالدابة للرجل الواقف: أدخل هذه الدابة النهر، فأدخلها، فغرقت الدابة، وماتت الدابة، والأمر مستقيم المدة، إن كان الماء بحال يدخل الناس فيه دوابهم للغسل والسقي، فلا ضمان على أحد، لأن للناس أن يفعلوا ذلك بدوابهم، وبدواب غيرهم، وإن لم يكن الماء بحال يدخل الناس دوابهم فيه، فصاحب الدابة بالخيار، إن شاء ضمن الداخل، وإن شاء ضمن الآمر. هكذا ذكر هنا.

---

(١) هذه العبارة وردت في الأصل [illegible] وفي نسخة م: إذا أمر العوان بالأخذ على الغير، قال صدر الشهيد... إلخ.

وفيه نظر، ينبغي أن لا يجب الضمان على الآمر [وهو السائق]؛ لأن مجرد الأمر بالإتلاف إنما يوجب الضمان على الآمر][1] إذا كان الآمر هو السلطان. ومن بمعناه، فإن ضمن السائق لا يرجع السائق على المأمور، وإن ضمن المأمور، وكان المأمور لم يعلم أن الآمر سائق الدابة حتى ظن صحة الأمر، رجع على السائق.

١٠١٣٧- وفيه أيضاً رجل قال لغيره: حرق ثوبي هذا، وألقه في الماء، ففعل المأمور ذلك، فلا ضمان عليه؛ لأنه فعل بأمره، ولكنه يأثم؛ لأنه إضاعة المال بلا فائدة.

١٠١٣٨- في "العيون": قال لآخر: احفر لي باباً في هذه الحائط، ففعل، فإذا الحائط لغيره، ضمن الحافر؛ لأنه أتلف ملك الغير، ويرجع على الآمر؛ لأن الأمر قد صح بزعمه، فإنه قال: احفر لي، وأنه يدل على كونه مالكاً، وكذلك إذا قال: احفر في حائطي، أو لم يقل ذلك، ولكن كان ساكناً في تلك الدار؛ لأنه من علامات الملك، وكذلك إذا استأجره على ذلك؛ لأنه من علامات الملك أيضاً.

ولو لم يقل: في حائطي، ولم يكن ساكناً في تلك الدار، ولم يستأجره على ذلك، فلا رجوع له على الآمر؛ لأن الأمر لم يصح بزعمه[2].

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفي حاشية نسخة "ف": وهذه المسألة تخالف مسألة ذبح الشاة التي تقدم ذكرها -والله أعلم-.

الفصل الحادي عشر
في زراعة الأرض المغصوبة والبناء فيها

١٠١٣٩ - في "فتاوى أبي الليث" : غصب من آخر أرضًا، وزرعها، ونبت. فلصاحبها أن يأخذ الأرض، ويأمر الغاصب بقلع الزرع، تفريغًا لملكه، فإن أبى أن يفعل، فللمغصوب منه أن يفعل ما لو رفع إلى الحاكم كان يفعله. يريد به أن للمغصوب منه أن يقلعه بنفسه.

١٠١٤٠ - في "العيون" : غصب من آخر أرضًا، وزرعها حنطة، ثم اختصما، وهي بذر لم ينبت بعد، فصاحب الأرض بالخيار، إن شاء تركه حتى ينبت، ثم يقول له: اقلع زرعك، وإن شاء أعطاه ما زاد البذر فيه؛ وطريق معرفة ذلك ما روى هشام عن محمد: أنه يقوم الأرض، وليس فيها بذر، وتقوم وفيها بذر، ويضمن فضل ما بينهما، وروى المعلى عن أبي يوسف: أنه يعطيه مثل بذره. والمختار أنه يقوم الأرض غير مبذور فيها، ويقوم وهي مبذورة فيها بذر الغير حق القلع، ففضل ما بينهما قيمة بذر مبذور في أرض الغير لذلك الغير حق القلع.

١٠١٤١ - في "المنتقى" المعلى في نوادره عن أبي يوسف: أرض بين رجلين، زرعها أحدهما بغير إذن شريكه، فتراضيا على أن يعطي غير الزارع نصف البذر، ويكون الزرع بينهما نصفين، قال: إن كان ذلك منهما بعد ما نبت الزرع [فهو جائز، وإن كان قبل أن ينبت لا يجوز][1]؛ لأن غير الزارع يصير مشتريًا نصف الزرع، وشرى الزرع قبل النبات لا يجوز. وإن كان الزرع قد نبت، وأراد الذي لم يزرع أن يقلع الزرع [فإن الأرض تقسم بينهما نصفان، كما أصاب الذي لم يزرع من الأرض قلع ما فيها من الزرع][2]، ويضمن له الزارع ما دخل أرضه من نقصان القلع.

١٠١٤٢ - غصب تالة من أرض إنسان، وزرعها في ناحية أخرى من تلك الأرض، فكبرت التالة، وصارت شجرة، فالشجرة للغارس، وعليه قيمة التالة لصاحبها يوم غصبها، ويؤمر الغارس بقلع الشجرة؛ وكذلك لو غرس تالة نفسه في أرض غيره، فلصاحب الأرض أن يأخذ بقلعها، فإن كان القلع يضر بالأرض، أعطاه صاحب الأرض قيمة شجرته؛ ولكنه

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هذه العبارة وردت في جميع النسخ التي عندنا.

الفصل الثاني عشر
فيما يلحق[1] العبد الغصب فيجب على الغاصب ضمانه

١٠١٤٥- قال القدوري في كتابه : غصب من آخر عبدًا ، أو جارية ، فأبق في يد الغاصب ، ولم يكن أبق قبل ذلك ، أو زنت ، أو سرقت ، ولم تكن فعلت ذلك قبله ، ضمن الغاصب ما انتقص بسبب السرقة ، والإباق ، وعيب الزنا ؛ لأن هذه العيوب من الأمة توجب نقصان القيمة ، والواجب على الغاصب أن يرده على الوجه الذي غصبه ، فيلزمه نقصان ذلك ليحصل الرد على الوجه الذي غصبه معنى ، وكذلك كل ما حدث في يد الغاصب مما ينقص القيمة من عور أو شلل ، أو ما يشبه ذلك ، كان مضمونًا عليه ، فيقوم العبد صحيحًا ، ويقوم وبه العيب ، فيأخذه ، ويرجع بفضل ما بينهما .

وإن أصابته حمى في يد الغاصب ، أو أصابه بياض في عينه ، ثم رده على المولى ، ورد معه الأرش ، ثم ذهبت الحمى ، وزال البياض ، فللغاصب أن يرجع على المولى بالأرش .

١٠١٤٦- وإن حبلت عند الغاصب من الزنا ، فردها على المولى كذلك ، فإنه يرد معه النقصان ، فينظر إلى أرش عيب الزنا ، وإلى ما نقصها الحبل ، فيضمن الأكثر من ذلك ، ويدخل الأقل في الأكثر ، وهذا استحسان ، أخذ به أبو يوسف ، فإن السبب متحد ، وهو الزنا ، فيعتبر الجمع بين [النقصانين][2] ، ويدخل الأقل في الأكثر ، والقياس أن يضمن الأمرين جميعًا ، وهو قول محمد ؛ لأنهما عيبان مختلفان .

فإن ولدت في يد المالك ، وسلمت من الولادة ، فالمروي عن أبي يوسف : أنه ينظر إلى أرش الحبل ، وإلى أرش عيب الزنا ، فإن كان أرش عيب الزنا أكثر ، لا يرد شيئًا ، وإن كان أرش الحبل أكثر ، رد الفضل عن أرش عيب الزنا ؛ لأن عيب الزنا ثابت ، وقد ذهب عيب الحبل .

١٠١٤٧- وإن ماتت من الولادة ، وبقي ولدها ، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله : ضمن الغاصب جميع قيمتها ، وعلى قولهما : ضمن نقصان الحبل خاصة ، هكذا ذكر القدوري .

وفي "المنتقى" : عن محمد أن الجارية تقوم غير حامل ، ولا زانية ، وتقوم وهي حامل زانية ، فيرجع بفضل ما بينهما .

---

(١) ورد في نسخة "ظ" : يلحق .

(٢) هكذا ورد في النسخ الواتي التي عندنا ، وكان في الأصل : بياض .

١٠١٤٨ - ولو حدثت عند الغاصب من زوج قد كان لها في يدي المولى ، فلا ضمان على الغاصب في ذلك بحال ؛ لأن ذلك من تسليط المولى الزوج عليه ، فأشبه فعل المولى . ولو أحبلها المولى بعينه في يد الغاصب لا ضمان على الغاصب في ذلك ، كذا ههنا

ولو حمت في يد الغاصب ، ثم ردها على المولى ، فماتت في يد المولى بالحمى التي كانت في يد الغاصب ، لم يضمن الغاصب إلا ما نقصتها الحمى ؛ لأن الموت إنما يحصل بزوال القوى ، وذلك بترادف الآلام ، فلم يكن الموت حاصلاً بسبب كان في ضمان الغاصب ، وإنما الحاصل في ضمانه الحمى ؛ فيضمن قدر نقصان الحمى لهذا .

١٠١٤٩ - ولو غصب جارية محمومة ، أو حبلى ، أو بها جراحة ، أو مرض ، فماتت من ذلك في يد الغاصب ، فهو ضامن قيمتها ، وبها ذلك المرض .

١٠١٥٠ - ولو قتل العبد المغصوب في يد الغاصب قتيلاً حراً ، أو عبداً ، أو جنى جناية فيما دون النفس ، يخير المولى بين الدفع والفداء ، ويرجع على الغاصب بالأقل من قيمته ومن أرش الجناية .

وإن استهلك مالاً ، وخوطب المولى بالبيع والفداء ، رجع بالأقل من قيمته ، ومما أدى عنه من الدين .

١٠١٥١ - وإن غصبه ، وقيمته ألف درهم ، فصار قيمته بعد ذلك ألفي درهم ، ثم قتله قاتل في يد الغاصب ، فالمولى بالخيار ، إن شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب ألف درهم ، ويرجع الغاصب على القاتل بألفي درهم ، ويتصدق بالألف الزائدة ، وإن شاء ضمن العاقلة قيمته يوم القتل ألفي درهم ، ولا يرجع القاتل على الغاصب .

١٠١٥٢ - ولو قتل العبد نفسه في هذه الصورة ، يضمن الغاصب قيمته يوم الغصب ألف درهم ، ولا يضمن قيمته يوم القتل ؛ لأن قتل الإنسان نفسه لا يتعلق به حكم ، فصار كموته .

الفصل الثالث عشر
في غاصب الغاصب، ومودع الغاصب

١٠١٥٣- يخير المالك بين تضمين الغاصب وبين تضمين غاصب الغاصب، وكذلك يخير بين تضمين الغاصب وبين تضمين مودعه؛ لأن كل واحد منهما متعد في حقه، فإن أراد المالك أن يضمن كل واحد منهما نصف قيمة المغصوب، فله ذلك.

١٠١٥٤- ذكر شيخ الإسلام في باب الرهن: يوضع على يدي عدل، وإذا ضمن المالك أحدهما، إما الغاصب، وإما غاصب الغاصب، أو مودعه، برأ الآخر عن الضمان، وأما إن اختار تضمين أحدهما، ولم يضمنه بعد، فهل يبرأ الآخر عن الضمان؟ فيه روايتان: فإن ضمن الغاصب الأول رجع على الغاصب الثاني، وإن ضمن الغاصب الثاني، فالغاصب الثاني لا يرجع على الغاصب الأول، وإن ضمن مودع الغاصب إن لم يعلم المودع بكون المال غصباً، رجع بما ضمن على الغاصب المودع، وذكر شيخ الإسلام أنه لا يرجع.

وذكر شمس الأئمة الحلواني أن فيه شبهة اختلاف الرواية.

١٠١٥٥- في "المنتقى" ابن سماعة عن محمد رحمه الله: إذا اختار المغصوب منه تضمين الغاصب الأول، ورضي به الغاصب الأول، أو لم يرض، إلا أن القاضي قضى له بالقيمة على الأول، فليس له أن يرجع عن ذلك، ويضمن به الثاني، وإن لم يرض به الأول، ولم يقض القاضي بالقيمة للمغصوب منه على الأول، كان له أن يرجع عن ذلك، ويضمن به الثاني، وإن لم يرض به الأول.

فإن اختار تضمين الأول، فلم يعطه الأول شيئاً، وهو معدوم، فالقاضي يأمر الأول بقبض ماله على الثاني، ويدفع ذلك إلى المغصوب منه، فإن أبى الأول ذلك، ومولى العبد إذا أحضرهما، قبلت منه البينة على الغاصب الثاني للغاصب الأول، حتى يؤخذ ذلك من الثاني، فيقبضه المغصوب منه. قال: وهذا بمنزلة رجل له على رجل دين، وللمطلوب على رجل آخر دين.

١٠١٥٦- وفيه أيضاً: ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى، في رجل غصب من آخر عبداً، فقتله قاتل في يد الغاصب، واختار المالك تضمين أحدهما، لا سبيل على الآخر، وقال أبو يوسف: له أن يضمن ما لم يقبض القيمة من الذي اختار

تضمينه .

قال : وإن أبرأ الغاصب ، فهو بريء ، ولا يرجع عليه بعد الإبراء بشيء ، وإن أبرأ القاتل ، فله أن يعود فيما أبرأه منه ، ويؤخذ منه قيمة عبده؛ لأن ذلك يؤخذ منه على كل حال .

ألا ترى أن المولى إذا أبرأ القاتل ، كان للغاصب أن يضمن القاتل ، ولو أبرأ الغاصب على أنه إن لم يأخذ القيمة من القاتل ، رجع على الغاصب ، فله أن يعود ، ويضمنه .

عن ابن سماعة : أنه كتب إلى محمد بن الحسن في رجل غصب من آخر عبدًا ، وقتله في يده خطأ ، واختار المولى اتباع الغاصب بنصف قيمة العبد حالًا ، واتباع عاقلة القاتل بنصف القيمة مؤجلًا ، فأجاب أن له ذلك .

١٠١٥٧ - غاصب الغصب ومودع الغاصب يبرأ بالرد على المالك ، وكذا يبرأ بالرد على الغاصب ، إلا رواية عن أبي يوسف . وكذلك إن كان المودع صبيًا محجورًا ، وكذلك إن كان رب الوديعة صبيًا ، أو عبدًا؛ لأن المسقط للضمان في حق المودع رده إلى من أخذه منه ، وذلك متحقق . وإن كان المستودع دفعها إلى إنسان بأمر الغاصب ، كان للمغصوب منه أن يضمنه؛ لأن في الفصل الأول إنما بريء عن الضمان؛ لأنه رده إلى من أخذ منه ، فانفسخ حكم فعله ، أما ههنا ما رده إلى من أخذ منه ، إنما رده إلى غيره ، وذلك سبب الضمان ، فافترقا .

١٠١٥٨ - وفي «فتاوى أبي الليث» : غصب رجل من رجل مالًا ، فغصب من ذلك المال ، غرم للمغصوب منه . قال أبو نصر : كان نصير يقول : يبرأ الغاصب الأول ، وكان محمد ابن سلمة يقول : للمغصوب منه الخيار ، قال الصدر الشهيد : هو المختار على ما يأتي بيانه في المسألة التي تلي هذه المسألة ، فإن ضمن الثاني صار قصاصًا بدينه وبرئ الأول ، وإن ضمن الأول لا يبرأ الثاني .

١٠١٥٩ - وفي «فتاوى أهل سمرقند» : رجل له على آخر دين ، فأخذ من ماله مثل حقه ، قال أبو نصر محمد بن سلام : يصير غاصبًا ، ويصير ما أخذ قصاصًا بما عليه ؛ لأنه أخذ بغير إذنه ، قال الصدر الشهيد : والمختار أنه لا يصير غاصبًا ؛ لأنه أخذ بإذن الشرع ، لكن يصير مضمونًا عليه ؛ لأن طريق قضاء الدين هذا ، فلو أخذ ذلك غير صاحب الدين ، ودفعه إلى صاحب الدين ، قال محمد بن سلمة : المغصوب منه بالخيار ، إن شاء ضمن الآخذ ، وإن شاء ضمن صاحب الدين ؛ لأن الأول غاصب ، والثاني غاصب أو غير غاصب ، لكن مضمونًا عليه ، فإن اختار تضمين الآخذ ، لم يصر قصاصًا بدينه [وإن اختار تضمين صاحب الدين ، صار قصاصًا بدينه][(١)] ، لأن الآخذ كالمعين لصاحب الدين على أخذ حقه .

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ب .

الفصل الرابع عشر
في غصب الحر والعبد والمكاتب

١٠١٦٠ - في المنتقى : ابن سماعة عن محمد : في رجل خدع امرأة رجل، أو ابنته، وهي صغيرة، فأخرجها من منزل أبيها أو زوجها، قال : أحبسه حتى يأتي بها، أو يعلم حالها.

وفيه أيضاً عن أبي يوسف : رجل سرق صبياً، فسرق من يده، ولم يستبن له موت، ولا قتل، لم يضمن، ولكنه يحبس حتى يأتي به، أو يعلم بحاله.

وفي القدوري : لو غصب صبياً حراً من أهله، فمرض، فمات في يده، فلا ضمان عليه؛ لأن الحر ليس بمحل للغصب حتى يجب الضمان بصيرورة هذا الفعل، فلا يضمن بالموت؛ لأنه أمر مجبور عليه، لا صنع فيه لأحد.

ولو عقره سبع في يده، أو نهشته حية، فمات، فعلى عاقلة الغاصب الدية، وكذلك لو وقع عليه حائط، أو وقع في بئر كان على عاقلة الغاصب الدية.

ولو قتل هذا الصبي رجل خطأ في يد الغاصب، فلأولياء الصبي أن يتبعوا عاقلة أيهما شاؤوا، فإن ضمنوا عاقلة الغاصب رجعوا على عاقلة القاتل.

وإن قتل الصبي نفسه، فديته على عاقلة الغاصب، ولا يرجعون بها على عاقلة الصبي، وكذلك لو أتى على شيء من نفسه من اليد والرجل، وما أشبه ذلك، وكذلك لو أركبه دابة، فألقى نفسه منها. وهذا كله قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وقال محمد : لا ضمان على الغاصب بجناية الصبي على نفسه.

١٠١٦١ - ولو قتل رجل هذا الصبي عمداً في يد الغاصب، فللأولياء أن يتبعوا القاتل، فيقتلوه، وبعد ذلك يبرأ الغاصب، وإن شاؤوا اتبعوا عاقلة الغاصب بالدية، ورجع عاقلة الغاصب في مال القاتل عمداً.

١٠١٦٢ - ولو قتل هذا الصبي إنساناً في يد الغاصب، فرده على الولي، وضمن عاقلة الصبي الدية، لم يكن لهم أن يرجعوا على الغاصب بشيء؛ لأنهم لو رجعوا على الغاصب، لرجعوا بحكم الغصب، والحر لا يضمن بالغصب.

١٠١٦٣ - ولو غصب مدبراً، ومات في يده، ضمن، ولو غصب أم ولد، فماتت في يده، لم يضمن عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما : يضمن، ولو غصب مكاتباً، ومات في يده ضمن بلا خلاف، كما لو غصب مدبراً.

ضمن الغار المغرور صفة السلامة نصاً، وكذلك إذا قال: كل هذا الطعام، فإنه طيب، فإذا هو مسموم، فهو على ما قلنا.

نخلة لرجل في ملكه، خرج سعفها إلى جاره، فأراد جاره أن يقطع ذلك ليفرغ هواءه، كان له ذلك، هكذا ذكر محمد رحمه الله.

قال الناطفي في واقعاته: ظاهر لفظ محمد يفيد ولاية القطع بغير إذن القاضي، قيل: وهذا على وجهين: إن كان يمكن تفريغ الهواء بمد السعف إلى النخلة، والشد عليها، ليس له أن يقطع، ولو قطع يضمن، ولكن يطلب من صاحبه أن يمد السعف إلى النخلة، ويشد عليها بالحبل، ويلزمه القاضي ذلك إن لم، وكذلك إذا أمكنه مد بعض السعف إلى النخلة والشد عليها، ليس له أن يقطع ذلك البعض، فأما إذا لم يكن تفريغ الهواء إلا بالقطع، فالأولى أن يستأذن صاحب النخلة، حتى يقطع بنفسه، أو يأذن له بالقطع، فإن استأذن، وأبى يرفع الأمر إلى القاضي حتى يجبره على القطع، فإن لم يفعل الجار شيئاً من ذلك، ولكن قطع بنفسه ابتداء، فإن قطع من موضع لا يكون القطع من موضع آخر أعلى منه، أو أسفل أنفع للمالك، لا يضمن، هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الصلح.

١٠١٦٦ - وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرح كتاب الصلح: أنه إذا أراد القطع، فإنما يقطع في ملك نفسه، ولا يكون له أن يدخل بستان جاره حتى يقطعه، قال رحمه الله تعالى: وقد قال بعض مشايخنا: إنما يكون له أن يقطع من جانب نفسه إذا كان قطعه من جانب نفسه مثل قطعه من جانب صاحبه من الضرر، أما إذا كان قطعه من جانب صاحبه أقل ضرراً، ليس له أن يقطع، ولكن يرفع الأمر إلى القاضي ليأمره بالقطع، فإن لم وأبى، بعث القاضي نائبه حتى يقطعه من جانب النخلة. ثم في الموضع الذي لا يضمن إذا قطع بنفسه، لا يرجع على صاحب النخلة بما أنفق في مؤنة القطع؛ لأنه كان يمكنه أن يرفع الأمر إلى القاضي حتى يأمره بذلك، أو يأمر صاحب النخل، فإن لم يفعل صار متبرعاً.

١٠١٦٧ - أخرج شجرة الجوز جوزات صغاراً رطبة، فأتلف إنسان تلك الجوزات، يضمن نقصان الشجرة؛ لأن تلك الجوزات وإن لم يكن لها قيمة، وليست بمال حتى يضمن بالإتلاف، لا على الشجرة، فبإتلافها على الشجرة ينقص قيمة الشجرة، فينظر أن هذه الشجرة بغير تلك الجوزات بكم تشترى، ومع تلك الجوزات بكم تشترى، فيضمن فضل ما بينهما.

١٠١٦٨ - رجل غصب من آخر ثوباً، فقطعه قميصاً، وخاطه، فاستحق رجل

القميص، رجع المغصوب منه بقيمة الثوب على الغاصب؛ لأن هذا قضاء بالملك بسبب حادث من جهة الذي عليه، فلا يظهر أن الغاصب لم يغصب مال المغصوب منه.

١٠١٦٩ - وكذلك لو غصب حنطة، فطحنها، فاستحق دقيقها، رجع المغصوب منه على الغاصب منه بحنطة مثلها.

١٠١٧٠ - وكذلك لو غصب [(1)] لحمًا فشواه، فاستحق الشواء، فللمغصوب منه أن يرجع على الغاصب بقيمة اللحم، ولو كان المستحق أقام البينة أن اللحم كان له قبل أن يشويه، أو كان الثوب له قبل أن يخيطه، أو كانت الحنطة له قبل الطحن لم يرجع المغصوب منه على الغاصب بشيء؛ لأن هذا قضاء بالملك من الأصل، فتبين أن الغاصب لم يغصب مال المغصوب منه. هذه المسائل مع أجوبتها في الباب الثاني من بيوع الجامع.

١٠١٧١ - حمل على حمار غيره شيئًا بغير أمره، فتورم ظهر الحمار، فشق رب الحمار الورم، فانتقص قيمة الحمار، فإنه ينظر: إن اندمل من غير نقصان، فلا ضمان على الذي حمل، وإن اندمل مع النقصان، ينظر إن كان النقصان من الورم؛ فضمان ذلك على الغاصب؛ لأنه حصل من فعله، وإن انتقص من الشق، فلا ضمان على الغاصب. وكذلك إذا مات، كان الجواب كما قلنا.

فإن اختلفا، فقال صاحب الحمار: الموت كان من الورم، وقال الغاصب: كان من الشق، فالقول قول الغاصب مع يمينه.

١٠١٧٢ - في غصب فتاوى أبي الليث: إذا استهلك رجل أحد مصراعي باب غيره، أو أحد زوجي خف غيره، أو ما أشبه ذلك، كان للمالك أن يسلم الباقي، ويأخذ قيمتهما منه. في الجامع في باب الشيئين اللذين هما [(2)] كشيء واحد.

وفي "المنتقى": عن أبي يوسف: رجل استهلك فرد نعل رجل، لم يضمن إلا قيمة ما استهلك، ولا يدفع إليه الأخرى، ويضمنهما جميعًا.

قال: وكذا لو أحرق مصراعًا لرجل، أو أحد خفيه، قال: أرأيت لو كسر حلقة خاتم فيه فص، قيمته مائة، أكنت أضمن الفص والخاتم؟ ولا أضمن إلا ما استهلك.

١٠١٧٣ - قال ثمة: ولو كسر أحناء سرج فضمنه، ولم يضمن السرج؛ لأن هذا يتخلص منه بلا ضرر. وكل شيئين منفردين، أو شيء واحد يتخلص بعضه من بعض بلا ضرر، مثل

(١) هذه العبارة وردت في النسخ التي توجد عندنا كلها.

(٢) ورد في نسخ م، ز، ب: كأنهما شيء واحد.

آحناه سرج ودفتيه، فإنه يضمن ما جنى عليه من ذلك، ولا يضمن غيره.

١٠١٧٤ - إذا جاء الرجل بالحنطة إلى الطحان، ووضعها صحن الطاحونة، وأمر صاحب الطاحونة أن يدخلها بالليل في بيت الطاحونة، فلم يدخلها حتى نقب الحائط بالليل، وسرقت الحنطة، فإن كان صحن الطاحونة محوطا بحائط مرتفع مقدار ما لا يرتقي إلا بسلم، فلا ضمان، وإن كان بخلافه، وجب الضمان؛ لأنه في هذا الوجه مضيع، وفي الوجه الأول ليس بمضيع.

١٠١٧٥ - في "فتاوى أبي الليث": هدم بيت نفسه وانهدم من ذلك بيت جاره، فلا ضمان

١٠١٧٦ - في "فتاوى أهل سمرقند": إذا دفع إلى القصار ثوبًا ليقصر فلف القصار في الثوب الخبز، وذهب به حيث يقصر الثياب، فسرق الثوب منه، فإن لف الثوب على الخبز كما يلف المنديل على ما يجعل فيه، وعقده، فهو ضامن؛ لأنه استعمله استعمالا معتادًا، فصار غاصبًا، وإن جعل الثوب تحت إبطه، ودس فيه الخبز، فلا ضمان في هذا الموضع أيضًا.

١٠١٧٧ - وفيه أيضًا: الحمال إذا ترك في مفازة، وتهيأ له الانتقال، فلم يفعل حتى فسد المتاع بمطر، أو سرق، فهو ضامن، هكذا ذكر. قيل: هذا إذا كان السرقة والمطر غالبًا؛ لأنه حينئذ يكون مضيعًا، وقيل أيضًا: ويشترط ذلك أن لا يكون المالك معه، حتى إذا كان المالك معه فلا ضمان

وفيه أيضًا: إذا دفع حمولة إلى حمال ليحملها إلى بلده، فجاء الحمال إلى نهر عظيم، وفي النهر جمد كثير يجري كما يكون في الشتاء، فركب الحمال حملا من الأحمال، والحمال الآخر يدخل الماء على أثر هذا الحمل، فنفر حمل من الأحمال في الماء من جريان الحمل، وسقط الحمل في الماء، قال: إن كان الناس يسلكون في مثل هذا، ولا يتكررون جدًا، فلا ضمان.

١٠١٧٨ - جاء إلى قطار إبل، أدخل بعضها، فلا ضمان؛ لأنه لم يغصب إبلا

غصب بيضتين، فحضن أحدهما تحت دجاجة له، وحضنت دجاجة أخرى له على البيضة الأخرى، فالفروختان له، وعليه بيضتان؛ لأنه استهلك الأولى، وهلكت الأخرى في ضمانه، ولو كان مكان الغصب وديعة فالتي حضنت الدجاجة لصاحب البيضة؛ لأن الأمانة هلكت، في "العيون".

١٠١٧٩ - في "مجموع النوازل": رجل غصب من رجل بقرة، وغصبها آخر من

الغاصب، ثم سرقها الثالث من الغاصب الثاني لعجزه عن استردادها منه مجاهرة، ثم الغاصب الثاني غلب على الثالث، وغصب البقرة منه، فلا خصومة لصاحب البقرة مع الغاصب الأول؛ لأن عين ما غصب منه الغاصب الأول قد وصل إليه.

١٠١٨٠- سئل قاضي القضاة شمس الإسلام محمود الأوزجندي: عن رجل دفع إلى آخر غلامه مقيداً بالسلسلة، وقال: اذهب به إلى بيتك مقيداً مع السلسلة، فذهب به بدون السلسلة، وأبق العبد، قال: لا ضمان؛ لأنه أمر بشيئين، وقد أتى بأحدهما.

١٠١٨١- أخذ غنمة بغير إذن صاحبها، وجعل صوفها لبوداً، فاللبود له؛ لأنه حصل بصنعه، وبعد ذلك ينظر إن كان جز الصوف لا ينقص من قيمة الغنم شيئاً، فعليه مثل ذلك الصوف، وإن كان نقص فهو بالخيار، إن شاء ضمنه مثل ذلك الصوف، وإن شاء ضمنه ما دخل النقصان الغنم.

١٠١٨٢- في «فتاوى أبي الليث»: غصب من آخر عبداً أو جارية، وغاب المغصوب منه، فجاء الغاصب إلى القاضي، وطلب من القاضي أن يأخذ المغصوب منه، وأن يفرض له النفقة، فحاصل الجواب في هذه المسألة أن القاضي يفعل ما هو الأصلح فيه في حق الغائب، فإن كان الأصلح أن يأخذ منه بأن كان الغاصب مخوفاً، يأخذ ويبيعه إن رأى المصلحة في البيع، وإن كان الأصلح أن يتركه في يد الغاصب تركه.

١٠١٨٣- حريق وقع في محلة، فهدم إنسان دار رجل بغير أمر صاحبها، حتى انقطع الحريق من داره، فهو ضامن إذا لم يفعل بإذن السلطان، ولكن لا إثم عليه في ذلك؛ لأنه هدم ملك الغير بغير إذنه [وبغير إذن من يلي عليه، ولكن بعذر، فهو نظير المضطر يتناول طعام الغير بغير إذنه](١).

١٠١٨٤- في «فتاوى أبي الليث»: حمولة حملت عليها حمولات لأقوام، بعض أرباب الحمولات معها، فاستقرت السفينة في جزيرة، فأخرج بعض الحمولات ليخف السفينة، ووضعت في الجزيرة، وضاعت الحمولات، فإن كان لا يخاف الغرق، فالذي أخرج الحمولات ضامن، وإن كان يخاف الغرق، فإن ضاعت الحمولات قبل أن يقع الأمن عن الغرق، فلا ضمان، وإن ضاعت بعد ما وقع الأمن، فهو ضامن. وهذا لأن إخراج بعض الحمولات إذا خيف الغرق عن السفينة ليس بجناية، ولكن على الذي أخرج إعادتها إلى السفينة بعد ما وقع الأمن من الغرق، فيصير تاركاً للإعادة في هذه الحالة ضامناً جانياً.

(١) وردت هذه العبارة في نسختي "ظ" و "ف".

١٠١٨٥ - في فتاوى أهل سمرقند : إذا سقى أرض نفسه ، فتعدى إلى أرض جاره ، فلا ضمان على الساقي ، وكذلك إذا أحرق كلأ في أرضه ، وذهبت النار يمينًا وشمالاً ، فأحرق شيئًا لغيره ، فلا ضمان على الموقد ، هذا هو جواب الكتاب .

من المشايخ من فرق بين إرسال الماء وإيقاد النار ، فقال : من طبع النار الخمود والتعدي بفعل الريح ونحوه ، فلا يضاف إلى فعل الموقد ، ومن طبع الماء السيلان ، فأضيف السيلان والإتلاف إلى المرسل ، وفي المسألة كلمات تأتي في كتاب الشرب - إن شاء الله تعالى - .

١٠١٨٦ - العبد المغصوب إذا مات في يد الغاصب ، وأقر الغاصب أنه كان غصبه من فلان ، يؤمر بتسليم القيمة إلى المقر له ، فإن جاء رجل آخر ، وأقام البينة أنه عبده ، غصبه منه ، فالقاضي يقضي بالقيمة لصاحب البينة ، فإذا قضى القاضي بالقيمة لصاحب البينة وأخذها لا شيء للمقر له على الغاصب ، فإذا وصلت تلك القيمة بعينها إلى الغاصب من جهة المقضي له بالهبة ، أو بالإرث ، أو بالمبايعة ، أو بالوصية يؤمر بردها إلى المقر له ، ولو وصل إلى الغاصب ألف أخر من المقضي له ، سوى المأخوذ منه ، فإن وصل بالهبة أو المبايعة لا يؤمر بالرد على المقر له ، وإن وصل بالإرث ، أو بالوصية يؤمر .

١٠١٨٧ - في الزيادات في باب الحوالة قبيل باب السلسلة : المغصوب إذا اكتسب كسبًا ، ثم استرده المالك مع الكسب لا يتصدق بالكسب ، والغاصب إذا ضمن القيمة عند الهلاك ، أو بالإعتاق حتى صار الكسب له تصدق بالكسب .

١٠١٨٨ - في الزيادات في آخر باب الكسب : إذا أقر أنه غصب من فلان شيئًا ، ولم يبين ، فالقول قوله ، ولابد من أن يفسر بشيء يتمانعه الناس ، ويقصد بالغصب ، حتى لو لم يكن كذلك بأن بين بالتراب ونحوه ، لا يصدق ؛ لأنه لا يسمى غصبًا ، ولو بين بشيء يقصده الناس ، ولا قيمة له ، نحو أن يقر أنه غصب حرًا ، أو جلد ميتة ، قبل قوله ، وهو اختيار مشايخ عراق ، واختيار مشايخ ما وراء النهر أنه لا بد من أن يفسر بشيء له قيمة .

في غصب القدوري في أوله ذكر في أدب القاضي للخصاف في باب القدوري ورد عن عمر رضي الله تعالى عنه إحراق البيت الذي فيه الخمر ، ولم يرو ذلك عن أصحابنا ، إنما روي عنهم هدم البيت على صاحب الخمر ، فإنهم قالوا : يهدم عليه بيته ؛ كأنهم أخذوا ذلك من هذا الحديث . وأما كسر الدنان ذكر في السير الكبير : أنه إن فعل ذلك بإذن الإمام ، أو فعل الإمام بنفسه ، فلا ضمان ، وإن فعل غير الإمام بغير إذن الإمام ، فعليه الضمان .

١٠١٨٩ - وفي سير العيون : مسلم شق زق خمر لمسلم ، لا يضمن الخمر ، ويضمن

الرق. إلا أن يكون إمامًا يرى ذلك، مجتهدًا لا يضمن؛ لأنه مختلف فيه.

١٠٦٩٠- والذمي إذا أظهر بيع الخمر في المصر، يمنع عنه، فإن أتلف ذلك إنسان، يضمن، إلا أن يكون إمامًا يرى ذلك؛ لأنه مختلف فيه.

١٠٦٩١- وفي «المنتقى»: قال هشام: قلت لمحمد: رجل في يده ثوب، فتشبث به رجل بالثوب، فجذب صاحب الثوب الثوب من يد المتشبث، فتخرق الثوب، قال: يضمن المتشبث نصف ذلك، قلت: من أين افترق هذا واليد؟ قال: لأن عض يده أذى، والتشبث بالثوب ليس بأذى؛ فإن كان الذي جذب الثوب هو المتشبث، فهو ضامن جميعه؛ لأنه لم يكن له الجذب.

١٠٦٩٢- قال هشام: قلت لمحمد رحمه الله تعالى: رجل جلس إلى جنب رجل، فجلس على ثوبه، وهو لا يعلم، فقام صاحب الثوب، فانشق ثوبه من جلوسه عليه، قال: يضمن نصف الثوب؛ لأنه لم يكن له أن يجلس على ثوبه، وكان متعديًا في الجلوس، وقد حصل الشق بفعله، فسقط ما كان بفعل المالك، ويجب ما كان بفعل الجالس.

١٠٦٩٣- وروى إبراهيم بن رستم عن محمد في رجل قعد على رداء رجل، وهو لا يعلم، فنهض، فتمزق رداؤه، قال: يضمن الذي قعد على الثوب، أوجب الضمان مطلقًا غير مقدر بالنصف، وإنه يخالف ما رواه هشام عنه، وعلى هذا الكعب إذا تخرق من وضع رجل غير صاحبه عليه، وصاحبه لم يعلم به، فعلى قياس رواية هشام: يضمن الواضع نصف النقصان على نحو ما بينا في مسألة الثوب.

١٠٦٩٤- وفي «نوادر ابن رستم»: أن الحائك إذا عمل لرجل، فجاء الطالب أن يأخذ الثوب، وأبى الحائك أن يدفع حتى يأخذ الأجر، فمده صاحب الثوب الثوب، فتخرق، إن تخرق من مد صاحبه، لا يضمن الحائك شيئًا، وإن تخرق من مدهما، ضمن الحائك نصف قيمة الخرق، يعني نصف قيمة النقصان المتمكن بالخرق.

١٠٦٩٥- دفع عينًا إلى دلال ليبيعه، فعرض الدلال على صاحب الدكان، وتركه عنده، فهرب صاحب الدكان، وذهب بالمتاع، يضمن الدلال؛ لأن الدلال أمين، وليس للأمين أن يودع. وذكر النسفي في فتاواه عن شيخ الإسلام أبي الحسن أنه لا يضمن، وهو الصحيح؛ لأن هذا أمر لا بد منه؛ لأن المشتري يعرض المبيع على امرأته، أو من أحب لينظر في ذلك، ثم يشتري، فكان هذا أمر لا بد منه، فلا يضمن الدلال لهذا.

١٠٦٩٦- وإن كان في يد الدلال ثوب يبيعه، فظهر أنه مسروق، وقد كان رده إلى من

دفع إليه، فطلب منه المسروق منه الثوب، فقال للدلال : رددته إلى من كان دفع إلي، برئ؛ لأن غاصب الغاصب إذا رد المغصوب على الغاصب يبرأ.

١٠١٩٧- في "مجموع النوازل" : جارية دفعت جارية أخرى، فذهبت عذرتها، قال محمد ابن الحسن : عليه صداق مثلها، قال : بلغنا ذلك عن عمر رضي الله تعالى عنه.

١٠١٩٨- وفيه أيضاً عن أبي يوسف : في رجل قتل ذئباً، أو أسداً لغيره، قال : لا ضمان عليه، وإن قتل قرداً، ضمن قيمته، قال : لأن القرد بمنزلة الكلب. قال الفقيه أبو الليث : القرد يخدم في البيت، ويكنس البيت، فيكون له قيمة، بخلاف الذئب والأسد.

قال : سئل نجم الدين عن أهل مكتب من الصبيان مع المعلم أصابهم برد، وعلى الجدار كوة مفتوحة، فقال المعلم لواحد من الصبيان : خذ قوطة هذا الصبي، وسد بها الكوة ليدفع البرد عنا، ففعل، وضاعت القوطة، فلا ضمان على المعلم، ولا على الصبي الذي أخذ القوطة، وسد بها الكوة؛ لأن جعلها في الكوة وهم حاضرون، لا يكون تضييعاً، فلا يضمنانه.

١٠١٩٩- وفي "الحاوي" : سئل أبو القاسم عمن تعلق ثوبه بمحل يفعله رجل وتخرق؟ قال : إن مده صاحب الثوب حتى تخرق، لم يضمن صاحب المحل، وإن تخرق من غير المد، إن فعل ذلك في موضع مأذون له، لا يضمن، وإلا يضمن.

١٠٢٠٠- في "المنتقى" : ابن سماعة عن محمد : في رجل غصب عبداً، وضمن رجل للمغصوب منه العبد، يدفعه إليه غداً، فإن لم يفعل فعليه ألف درهم، وقيمة المغصوب خمسون درهماً [فلم يدفع إليه العبد غداً، قال : إذا مات العبد للمغصوب منه، لزم الضمان من قيمته خمسون درهماً][١]، ويبطل الفضل. فإن اختلفا في قيمته، فالقول قول المغصوب مع يمينه فيما بينه وبين ألف درهم، والقول قول الكفيل فيما زاد في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وأما في قوله فالقول قول الغاصب في القيمة، وضمان الألف باطل؛ لأنه لم ينسبها إلى قيمة العبد، فإن ضمن القيمة وسماها، ينظر في ذلك، فإذا هي أكثر من قيمة العبد بما يتغابن الناس فيه، فتلك قيمة العبد، فيلزمه ذلك، وإن كانت أكثر من قيمة العبد بما لا يتغابن الناس فيه، بطل الفضل على ما يتغابن الناس فيه.

١٠٢٠١- دابة لرجل دخلت زرع إنسان، فأخرجها صاحب الزرع، فجاء ذئب، وأكلها، إن أخرجها، ولم يسقها بعد ذلك، فلا ضمان، عليه أكثر المشايخ، وعليه الفتوى.

... ...

[١] ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

ضررها عن نفسه ، أما الدابة فتفسد الزرع والكرم ، فكان الإخراج في هذين الفصلين لدفع ضرر الدابة لا تغييبًا لها.

وإن وجد دابة في زرعه أو كرمه ، فحبسها في منزله ، فهلكت ضمن قيمتها لصاحبها ؛ لأنه ليس له ولاية الحبس ، فيصير بالحبس غاصبًا مضمونًا.

ذكر في "السير الكبير" على سبيل الاستشهاد : أن من أخذ جلودًا مذكاة لرجل ، فدبغها ، وجعلها فروًا ينقطع حق المالك عن الجلود ، وكان الفرو للعامل ، وغرم قيمة الجلود لمالكها.

١٠٢٠٦ - ولو أخذ جلود ميتة ، وجعلها فروًا ، ثم دبغها ، لا ينقطع حق المالك عن الفرو ، ويقوم الفرو جلدًا غير معمول ، ويقوم معمولًا ؛ فإن شاء العامل أعطاه قيمة جلده مذكى غير معمول ، وإن شاء باع الفرو ، فقسم ثمنه على قيمة الجلد مذكى غير معمول ، وعلى قيمته فروًا معمولًا ، فما أصاب الجلد كان لصاحبه ، وما أصاب الثمن ، كان لصاحب العمل.

١٠٢٠٧ - والفرق بين الجلود المذكاة ، والميتة ، أن الصنعة في المذكاة إنما حلت في جلد يضمن بالغصب والاستهلاك ، فأوجبت انقطاع حق صاحب العين عن العين ، وهذا هو الأصل أن الصنعة إنما تجعل المصنوع ملكًا للصانع إذا كان المصنوع قبل الصنعة مما يضمن بالغصب والاستهلاك ، أما إذا كان مما لا يضمن بالغصب والاستهلاك قبل الصنعة ، فبالصنعة لا يصير ملكًا للصانع.

١٠٢٠٨ - وأصل هذا ما ذكر محمد رحمه الله في "السير الكبير" : لو أن رجلًا من أهل الجند وجد في دار الحرب من خشب الخليج ، فعمل منه قصعًا وأجربة ، ثم أخرجها إلى دار الإسلام ، فإن للإمام أن يأخذ ذلك منه ، ويعطيه قيمة ما زاد الصنعة ، وإن شاء باعه ، وقسم الثمن على قيمة هذا الخشب غير معمول ، وعلى قيمته معمولًا ، فما أصاب غير المعمول من ذلك ؛ فإنه يرد في الغنيمة ، وما أصاب المعمول من ذلك يكون للغازي.

١٠٢٠٩ - ولو أخرجت الغنائم إلى دار الإسلام ، وأخذ رجل من هذا خشب الخليج[1] ، وجعله قصاعًا ، وغير ذلك مما وصفت لك ، فإنه يضمن قيمة الخشب ، وكان المصنوع للذي عمل لا سبيل للإمام عليه ؛ لأن في الفصل الأول الصنعة إنما وجدت في خشب لا يضمن بالغصب والاستهلاك ؛ لأن الغنائم لا تضمن بالغصب والاستهلاك في دار الحرب ، فلم

(١) هكذا ورد في نسخة "ظ" ، وورد في نسخة الأصل : من خشب هذا الخليج ، وفي نسختي "ف" و"م" : من هذا الخشب الخليج.

يوجب انقطاع حق القراءة عن العين. وفي الوجه الثاني: الصنعة إذا وجدت في حالة مضمون بالغصب والاستهلاك.

إذا ثبت هذا جئنا إلى تخريج مسألة الفرق، فنقول: إنما ثبت الخيار للعامل في جلد الميتة لا لصاحب الجلد، وإن كان صاحب العمل صاحب تبع، وصاحب الجلد صاحب أصل، والخيار يثبت في مثل هذا لصاحب الأصل كما في الثوب المصبوغ، لا لصاحب التبع، وذلك لأن صاحب العمل وإن كان صاحب تبع فيهما من حيث الحقيقة، فإن الصنعة صارت صفة للجلد، والأوصاف أتباع، فمن حيث المعنى صاحب العمل صاحب أصل؛ لأن جلد الميتة لم يكن مالاً قبل الصنعة، والدباغة والمالية هي المقصودة من الأعيان، لا نفس الأعيان، وإنما صار مالاً بعمله، فصار من حيث المعنى صاحب العمل صاحب أصل، وصاحب الجلد من حيث المعنى صاحب تبع، والعبرة للمعنى، وإنما اعتبرت قيمة الجلد مذكى؛ لأنه متى اعتبره ميتاً وجلد الميتة لا قيمة له، لا يستحق صاحب الجلد شيئاً، فلهذا اعتبرت قيمته مذكى.

١٠٢١١ - قال محمد رحمه الله تعالى في «كتاب العيون»: إذا غصب الرجل ثوباً، وأمر غيره(١) بلبسه، فلبسه، ثم جاء صاحب الثوب، ومد الثوب، والغاصب لم يعلم بذلك، ولم يطلب صاحب الثوب الثوب منه، فتخرق الثوب من ذلك، فلا شيء على الغاصب.

وكان ينبغي أن يقال: بأنه يضمن الغاصب للمغصوب منه نصف قيمته؛ لأن الخرق حصل بمد صاحب الثوب، وإمساك الغاصب جميعاً، فإنه لولا إمساك الغاصب بعدما مده المغصوب منه، كان لا يتخرق الثوب من مده. وإذا حصل الخرق من فعلهما، يجب أن يكون على الغاصب نصف النقصان(٢) جميعاً كما لو خرقا. وكما لو طلب صاحب الثوب الثوب من الغاصب فمنعه، فمده المغصوب منه الثوب ليأخذه، فتخرق الثوب، ذكر أن الغاصب يضمن نصف قيمته بالخرق؛ لأن الخرق حصل بفعلهما.

والجواب: أن الإمساك من [الغاصب إن وجد حقيقة، فلبس الثوب لم يوجد معنى؛ لأن الغاصب يلبس الثوب قصد منه لا إمساكه عن المالك](٣)، فلم يوجد الإمساك من الغاصب معنى، فيبقى التخرق كله مضافاً إلى يد المالك(٤)، بخلاف ما إذا طلب منه المالك،

(١) ورد في نسخة ظ: إذا غصب الرجل ثوباً وأمر غيره بلبسه فلبسه.

(٢) ورد في نسخة ف: نصف النقصان.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و ب.

(٤) ورد في ف: مضافاً إلى يده خاصة، بخلاف ما إذا كان منه صاحب وأمسكه.

الغاصب الأجر منه، وتلف، لا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقالا: يجب عليه الضمان، وإن كان الأجر قائماً، كان للمالك أخذه بالإجماع.

هما يقولان: إنه أتلف مال الغير من غير تأويل، فيجب الضمان، ولا شك أن الأجر مال الغير، وهو مولى العبد؛ لأنه كسب عبده، وكسب العبد تبع للرقبة، فيكون لمالك الرقبة، ولأبي حنيفة رحمه الله أن الكسب مال المالك لكنه لا عصمة له في حق الغاصب بعد الغصب، فأشبه بضمان السرقة بعد القطع.

وبيان عدم العصمة: أن العصمة تثبت بيد حافظة، إما بيده أو بيد نائبه، ويد المالك لم تثبت على هذا المال، ويد الغاصب ليست يد المالك.

فإن قيل: يد المالك يد المولى، والكسب في يد العبد، فيصير كأنه في يد المولى؟

قلنا: العبد في يد الغاصب حتى كان مضموناً عليه، وإذا كان العبد في يد الغاصب لم يكن العبد محرزاً وحافظاً نفسه عن الغاصب، فلا يكون محرزاً وحافظاً فيما في يده أيضاً، وكذلك قلنا: إن كسب المبيع قبل القبض غير مضمون على البائع بالاتفاق، فكذلك ههنا.

أو نقول: هذا مال للغاصب فيه تأويل الملك، فلا يكون مضموناً عليه بالإتلاف، كمال الابن في حق الأب. بيانه أن العبد إذا هلك في يد الغاصب، وضمن قيمته للمالك، فالأجر يسلم للغاصب، أو نقول: الأجر بدل منفعة العبد، ولو استهلك الغاصب منفعة العبد بأن استعمله في عمل من الأعمال، لا يضمن، فكذا إذا استهلك بدلها.

١٠٢١٤ – قال في «الجامع الكبير»: رجل غصب من آخر جارية قيمتها ألف درهم، فغصبها من الغاصب رجل آخر، وقيمتها يوم الغصب الثاني أيضاً ألف درهم، فغصبها من الغاصب رجل آخر، وقيمتها يوم الغصب الثالث أيضاً ألف درهم، فأبقت من الغاصب الثاني، فللأول أن يضمن الثاني، وإن لم يضمن المالك الأول؛ لأن القيمة قائمة مقام العين.

١٠٢١٥ – ولو كانت الجارية حاضرة، كان للغاصب الأول أن يسترد الجارية، ليتمكن من إقامة الفضل الواجب عليه، فكذا ما يقوم مقام العين، وهو القيمة، ألا ترى إلى قوله عليه الصلاة والسلام: «على اليد ما أخذت»[1] والغاصب الثاني إنما أخذها من الغاصب الأول [فوجب عليه الرد إلى الغاصب الأول، وبما عجز عن رد العين، وجب رد القيمة التي هي قائمة مقام العين. فإذا أخذ الغاصب الأول][2] القيمة برئ الثاني من الضمان؛ لأن الثاني لو رد

(١) مضى تخريجه.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و ب وف.

للثاني] [١]، وأنه فوت عليه اليد [٢] لكن يعاذ للأول تضمين الثاني ليتمكن من إقامة ما عليه من الرد، والاستيفاء من ضرورات الرد، أما التمليك فليس من ضروراته، كما في المدبر. إلا أن عند عدم الوقوف على مكان الجارية، الحالة حالة الاستيفاء لا غير، وهو سبيل من ذلك. أما بعد ما ظهرت الجارية، فالحالة حالة الاستيفاء، وحالة تمليك الجارية، وهو سبيل من الاستيفاء، فأما ليس سبيل من تمليك الجارية، فكان بمنزلة الفضولي، فيتوقف على إجازة المالك، فإن أجاز أخذ القيمة، وإن رد كان حقه في استرداد الجارية.

وأما الجواب عن الإشكال الثاني، فمعنى قوله: ظهرت الجارية، عرف مكانها، لا أنها وصلت إلى مكانها.

قلنا: والمعرفة بمكان الجارية لا يمنع المصير إلى القيمة، فإن اختار المولى أخذ الجارية رجع الغاصب الثاني على الغاصب الأول [بالقيمة التي أخذها؛ لأن العوض استحق من يده، وإن كانت القيمة هلكت في يد الأول، ضمن الغاصب الأول] [٢] ذلك للغاصب الثاني؛ لأن الأول أخذ القيمة بدلاً عن المغصوب، فيكون مضموناً عليه، كالثمن على البائع، ولا يرجع الغاصب الأول على المغصوب منه؛ لأن الغاصب الأول ليس بوكيل عن المالك أصلاً، والرجوع بالعهدة حكم الوكالة.

١٠٢٦٧ - وإن كان أخذ المولى من الغاصب الأول القيمة التي أخذها من الغاصب الثاني، سلمت الجارية للغاصب الثاني، ونفذ التمليك على المالك.

وإن ضمن المولى الغاصب الأول قيمة الجارية يوم الغصب الأول، سلمت القيمة التي أخذها الغاصب الأول؛ لأنه تبين أنه ملكها من وقت الغصب الأول، وأن الثاني غصب من ملك الغاصب الأول، وكان الضمان للأول، إلا أن للأول أن يتصدق بأحد الألفين: وهو الفضل على القيمة التي أداها إلى المالك، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى.

وأما على قول أبي يوسف: فلا يتصدق بشيء، بل يطيب له؛ لأن شرط الطيب عندهما الملك، والضمان ههنا [٣] إن كان واجباً وقت المبادلة، فالملك لم يكن، وعند أبي يوسف شرط الطيب الضمان لا غير، وقد وجد ذلك ههنا.

١٠٢٦٨ - وأصل المسألة: المودع إذا باع الوديعة، وربح، ثم ضمن، هل يطيب له

[١] هذه العبارة وردت في جميع النسخ التي عندنا.

[٢] ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

[٣] وفي نسخة م: لأن شرط الطيب عندهما الملك والضمان، والضمان فيها

أرجح؟ فهو على هذا الاختلاف.

قال: وليس للغاصب الثاني أن يطأ الجارية حتى يختار المولى أخذ القيمة التي أخذها الغاصب الأول، أو يختار ضمان الغصب الأول؛ لأن الملك قبل ذلك موقوف، والحل لا يثبت بالملك الموقوف.

١٠٢١٩ - وإن كانت الجارية حاضت حيضة بعد ما أخذ الأول القيمة من الثاني قبل أن يختار المولى شيئًا من ذلك، ثم اختار شيئًا من ذلك، لا يجزأ بتلك الحيضة؛ لأن الملك موقوف، والحيضة إذا وجدت بعد ثبوت الملك قبل وجود اليد لا يجتزأ بها عن الاستبراء، فإذا حصلت قبل ثبوت الملك لأن لا يجتزأ بها كانت أولى.

ولو كان الغاصب الأول أقر بقبض القيمة من الغاصب الثاني، فهذا وما لو ثبت أخذ القيمة بإقامة البينة سواء، غير أن بينهما فرقًا من وجه آخر، إن في هذه الصورة كان للمولى أن يضمن الثاني، وفيما إذا ثبت ذلك بالبينة، ليس للمولى أن يضمن الثاني.

والفرق: أن حق تضمين الثاني قد ثبت للمالك لكونه غاصب الغصب، إلا أن تضمين الأول للثاني مبطل لهذا الحق عن المالك، وذلك ههنا إنما ثبت بالإقرار الأول، والإقرار حجة قاصرة، فلم يظهر أخذ الأول القيمة من الثاني في بطلان حق المالك في تضمين الثاني، بخلاف الوجه الأول؛ لأن هناك أخذ القيمة ثبت بما هو حجة عامة، أما ههنا بخلافه، وكان المعنى فيه وهو أن الغاصب الأول إنما يملك الاستيفاء من إقامة ما عليه من فعل أمره، وهذه الضرورة تندفع بحقيقة الاستيفاء، ولا ضرورة إلى اعتبار الإقرار بالاستيفاء.

وكذلك الجواب فيما إذا قضى القاضي بالقيمة، ثم أقر الغاصب بقبض القيمة، وكذلك لو أقر الأول بقبض الجارية من الثاني، وأقر أنها ماتت عنده، لم يقبل قوله حتى كان للمالك أن يضمن الغاصب الثاني في هذه الوجوه كلها؛ لما ذكرنا ويرجع الغاصب الثاني على الغاصب الأول بالقيمة؛ لأن إقراره بالاستيفاء صحيح في حقه إذ لم يصح في حق المالك.

١٠٢٢٠ - قال محمد رحمه الله تعالى في «الجامع الصغير» أيضًا: رجل غصب من آخر عبدًا، ثم استأجره المغصوب منه، صح؛ لأنه لو اشتراه من المغصوب منه صح، فالإجارة أولى. ويصير المستأجر قابضًا له بحكم الإجارة بنفس العقد؛ لأن يد الغاصب يد ضمان بقيمة المضمون، وفي مثل هذا القبض ينوب عن قبض الشراء، فالأولى أن يقع عن قبض الإجارة ويبرأ الغاصب عن الضمان؛ لأن يد الغاصب تبدل بيد الإجارة، ويد الإجارة يد أمانة.

شراه كل واحد منهما وإنما تصح؛ لأن كل واحد منهما قال لصاحبه[1]: اشتر بنفسك مملوك فلان بمملوكي، وإنما احتيج إلى الإجازة لنفاذ البيع، فإنه قد صار كل واحد منهما على أن يفيد ملك المشتري للمشتري، ولكن عند إجازة المالك، وصار كل واحد منهما مستقرضاً ما غصبه، حتى يكون البدل على من ثبت له الملك في البدل، واستقراض الحيوان وإن كان لا يجوز، إلا أنه إنما لا يجوز إذا حصل قصداً، وههنا حصل في ضمن الشراء، وإنه تصرف مشروع، فصار هو مشروعاً لشروع عنه أيضاً.

وإذا صار كل واحد من الغاصبين مستقرضاً ما غصبه، والمستقرض فيما ليس من ذوات الأمثال يضمن القيمة، وجب على كل واحد من الغاصبين قيمة ما غصب لهذا.

٦٠٢٢٧ - قال فيه أيضاً: رجل غصب من آخر مائة دينار، وغصب آخر من ذلك الرجل ألف درهم، ثم تبايع الغاصبان الدراهم بالدنانير، وتقابضا، ثم تفرقا، ثم حضر المالك، وأجاز جاز.

فرق بين هذا الوجه وبين الوجه الأول، والفرق: أن ههنا العقد ما وقع على الدراهم والدنانير بأعيانهما، لما عرف من أصلنا أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات، وإنما وقع العقد على مثلهما ديناً في الذمة، فلم يقع العقد على ما ليس لمالك واحد، فيصح البيع بلا توقف.

ألا ترى أنه لو لم يجز واحد منهما، ولم يتفرقا حتى نقد كل واحد من ماله يجوز، ولا يفسد العقد.

وهذا دليل على أن العقد وقع على مثلهما ديناً في الذمة، إلا أن كل واحد منهما صار قاضياً ما وجب في ذمته بما غصب، فإذا أجاز صار مقرضاً، فلزمه ضمانه، بخلاف الفصل الأول؛ لأن هناك العقد وقع على العرضين بأعيانهما؛ [لأن العروض][2] يتعين في عقد المعاوضة، وإذا كانا لشخص واحد، لم ينعقد العقد بينهما، والمعلوم في هذا مثل الدراهم والدنانير؛ لأنها لا تتعين بخلاف العرض.

٦٠٢٢٨ - وقال فيه أيضاً: رجل غصب من آخر جارية، وغصب رجل آخر من المغصوب منه مائة دينار، فباع غاصب الجارية من غاصب الدنانير الجارية بتلك الدنانير، فبلغ المالك، فأجاز، يصح؛ لأن الجارية وإن تعينت في العقد، إلا أن الدنانير لم تتعين، فلم يبق

(١) هكذا في نسخة تك، وكان في الأصل: قال لصاحبه.

(٢) زيد من نسختي ف و م.

ذلك، وقال صاحب العبد: لا، بل بعته منك، فقبضت ملك نفسك، يحلف الغاصب أولاً، فإن نكل لزمه الثمن، وإن حلف ضمن القيمة؛ لتعذر الرد لمعنى من جهة الغاصب، ثم يحلف المالك، فإن نكل بطلت القيمة، وإن حلف، فله قيمته على الغاصب، وهو نظير الهلاك فيما تقدم.

١٠٢٣٢- وقال فيه أيضاً: رجل أقرّ أنه قطع يد عبد رجل خطأً، وكذبه عاقلته في ذلك، يعني به أن عاقلة المقر كذب المقر في إقراره، ثم غصبه رجل من مولاه، فمات عنده، فالمولى بالخيار، إن شاء ضمن الجاني قيمته من ماله ثلاث سنين، وإن شاء ضمن الغاصب [قيمته أقطع](1) في ماله حالاً، وضمن الجاني أرش يده، وهو نصف قيمته في ماله، فإن ضمن الجاني قيمته بإقراره، فإنه يرجع الجاني على الغاصب بقيمة العبد أقطع في ماله.

علل في الكتاب فقال: لأن العبد صار للقاطع بجنايته، وهذا دليل على أن ضمان القتل يوجب الملك في المضمون، ووجهه ذلك، وهو أن سبب الضمان هو القطع السابق، فيستند الضمان إليه، فيثبت الملك من ذلك الوقت وفي تلك الحالة، وهو قابل للملك، كما في ضمان الغصب، فإنه لا يتقرر إلا عند الهلاك، ولكن لما كان سببه الغصب السابق، استند إليه، ووقع الملك في المضمون هكذا.

ومن المحققين من أصحابنا رحمهم الله تعالى قال: لا، بل ضمان القتل لا يوجب الملك للضامن في المضمون؛ لأن ضمان القتل يجب مقصوراً على وقت القتل، فالقطع السابق إنما يصير قتلاً وقت السراية، فيجب الضمان مقصوراً على حالة القتل، وفي حالة القتل هو غير قابل للملك، لكن إن تعذر إثبات الملك في ذاته، أمكن إثباته في بدله، وهو الضمان الذي على الغاصب.

كما قلنا في المدبر إذا غصب ثم غصب من يد غاصبه، واختار المولى تضمين الأول، كان للأول أن يضمن الثاني، وإن لم يملك الأول المدبر بأداء الضمان، لكن قبل السبب، وإن لم يعمل في حق المدبر لمكان التعذر، عمل في حق ماله، وهو الضمان الواجب على الغاصب، كذا ههنا. ثم أوجب الضمان على الجاني ههنا في ماله؛ لأنه وجب بإقراره، والإقرار حجة قاصرة.

١٠٢٣٣ - وإن كانت الجناية ثابتة بالبينة، فهذا وما لو ثبت الجناية بإقرار الجاني سواء(2)،

---

(1) هكذا ورد في ظ، وف، وم، وورد في الأصل: ضمن الغاصب قيمة القطع.

(2) ورد في نسخة ف: فهو سواء، مكان: سواء.

إلا في فصل واحد، وهو أن من يجب عليه الضمان في فصل الإقرار يجب على عاقلته في فصل البينة، لأن البينة حجة في حق الناس كافة، فتثبت الجناية في حق العاقلة كما تثبت في حق غيرها.

١٠٢٣٤ - رجل غصب من آخر شيئاً وغيبه، وطلب المغصوب منه من القاضي تضمينه، ذكر في بعض الكتب أن القاضي يتلوم في ذلك يوماً أو يومين أو ثلاثة رجاء أن يظهر، ولا يقضي بالقيمة في الحال، وذكر في «السير الكبير» في باب ما يقضي به سهم الفارس: أن القاضي يقضي بالقيمة قبل التلوم.

قال شيخ الإسلام في «شرح السير الكبير»: ما ذكر جواب الجواز، يعني لو قضى بالقيمة قبل التلوم يجوز، وما ذكر في بعض الكتب جواب الأولوية، يعني الأولى أن يتلوم القاضي، ثم يقضي بالقيمة - والله أعلم بالصواب -

تم كتاب الغصب من المحيط بعون الله تعالى.

كتاب الوديعة

هذا الكتاب يشتمل على عشرة فصول :

الفصل الأول

في بيان ركن الإيداع وشرطه وما يكون إيداعاً بدون اللفظ

١٠٢٣٥ - قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: ركن الإيداع في حق صيرورة العين أمانة عند الغير، قول المالك: أودعتك هذه العين، حتى لو قال لهذا الغاصب صارت العين أمانة عنده، حتى لو هلك من غير صنعه، لا ضمان عليه.

وفي وجوب الحفظ على المودع الركن هو الإيجاب والقبول، وهذا لأن صيرورة العين أمانة عند الغير حكم يلزم المالك، فيتم به وحده، وأما وجوب الحفظ، فحكم يلزم المودع، فلا بد من قبوله.

١٠٢٣٦ - وشرطه: كون المحل قابلاً لإثبات اليد عليه؛ لأن الإيداع عقد استحفاظ، وحفظ الشيء لا يتأتى إلا بعد إثبات اليد عليه، ألا ترى أن إيداع الآبق، وإيداع الطير الذي يطير في الهواء لا يصح، وإنما لا يصح لأنه لا يتهيأ للمودع إثبات اليد على هذه الأشياء.

١٠٢٣٧ - في «المنتقى»: رجل في يديه ثوب، قال له رجل آخر: أعطني هذا الثوب، فأعطاه، كان هذا على الوديعة؛ لأن للإعطاء جهات، فعند الإطلاق يحمل على أدنيها، وهو الوديعة، وذكر في كتاب الهبة في «المنتقى»: أن قوله: أعطني أعطيتك على الهبة.

١٠٢٣٨ - رجل جاء بثوب إلى رجل، وقال: هذا الثوب وديعة عندك، ولم يقل الآخر شيئاً، بل سكت، ثم غاب صاحب الثوب، ثم غاب الآخر، وترك الثوب هناك وضاع الثوب، فهو ضامن؛ لأنه قبل دلالة.

وكذلك إذا جاء بثوب، ووضع بين يديه، ولم يقل: شيئاً، وباقي المسألة بحالها، فهو ضامن؛ لأنه أودع عرفاً، والآخر قبل عرفاً.

هذا إذا لم يقل الآخر شيئاً باللسان، وإن قال الآخر: لا أقبل الوديعة، وباقي المسألة بحالها، فلا ضمان؛ لأن الدلالة إنما تعتبر إذا لم يوجد التصريح بخلافه.

١٠٢٣٩ - في «فتاوى أهل سمرقند»: رجل دخل بدابته خاناً، وقال لصاحب الخان: أين أربطها؟ فقال: هناك، فربطها، وذهب ثم رجع، فلم يجد دابته، فقال صاحب الخان: إن صاحبك أخرج الدابة ليسقيها، ولم يكن له صاحب، فصاحب الخان ضامن؛ لأن قول

(١) ورد في نسخة: أدنى.

صاحب الدابة لصاحب الخان: أين أربطها؟ استحفاظ، وقول صاحب الخان: هناك، إجابة إلى الحفظ، فصار جوابها إلى الحفظ، فصار مودعًا، فيصير ضامنًا بالتضييع.

١٠٢٤٠- وكذلك إذا دخل رجل الحمام، ثم قال لصاحب الحمام: أين أضع الثياب؟ فقال صاحب الحمام: ثمه، فوضع، فدخل، ثم خرج رجل آخر، وأخذ الثياب وذهب، فصاحب الحمام ضامن؛ لما قلنا.

١٠٢٤١- وإن وضع الثياب بمرأى عين صاحب الحمام، ولم يقل شيئًا والباقي بحاله، فهذا على وجهين: إما أن لا يكون للحمام ثيابي، وهو الذي يقال له بالفارسية: جامه دار، أو يكون له ثيابي، وهو حاضر، ففي الوجه الأول الضمان على صاحب الحمام؛ لأن وضع الثياب بمرأى عين صاحب الحمام والحالة هذه استحفاظ لصاحب الحمام دلالة، وفي الوجه الثاني الضمان على الثيابي دون صاحب الحمام؛ لأن هذا استحفاظ للثيابي دلالة، فيضمن الثيابي ما ضمن المودع، إلا إذا نص على استحفاظ صاحب الحمام بأن قال لصاحب الحمام: أين أضع الثياب، فحينئذ يجب الضمان على صاحب الحمام، وإن كان له ثيابي، وهو حاضر. هذه الجملة في الباب الأول من وديعة "الواقعات".

١٠٢٤٢- وفي غصب "فتاوى أبي الليث" رحمه الله تعالى: رجل دخل الحمام، ووضع ثيابه بمرأى عين صاحب الحمام، ثم خرج، فوجد صاحب الحمام نائمًا، وقد سرق ثيابه، فإن نام قاعدًا، فلا ضمان، وإن وضع جنبه على الأرض، فهو ضامن؛ لأن هذا مودع ترك الحفظ في الوجه الثاني، وفي الوجه الأول لم يترك الحفظ.

١٠٢٤٣- وفيه أيضًا: رجل من أهل المجلس قام، وترك كتابه ثمه، فذهبوا جملة، وتركوا الكتاب ثمه، فضاع الكتاب، فالكل ضامنون، وإن قاموا واحدًا بعد واحد، فالضمان على آخرهم؛ لأن في الوجه الأول هم حافظون، وفي الوجه الثاني تعين الآخر حافظًا، كمن باع قفيز حنطة من قفيزين، ثم هلك منهما قفيز، يتعين القفيز الباقي للعقد -والله أعلم-.

ولو كان له امرأتان، ولكل واحدة منهما ابن من غيره، يسكن معهما، فهما في عياله، لا يضمن بدفع الوديعة إلى أيهما.

١٠٢٤٦ - وإذا دفع الوديعة إلى من ليس في عياله، إن كان الدفع لضرورة، بأن احترق بيت المودع، فأخرجها من بيته، ودفعها إلى جاره، فلا ضمان عليه في هذا، وما أشبه هذا استحسانًا.

١٠٢٤٧ - وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى في "شرح كتاب الصلح": إذا وقع في بيت المودع حريق، فإن أمكنه أن يناولها بعض من في عياله، فناولها أجنبيًا ضمن، ولو كان لا يجد بدًا من الدفع إلى الأجنبي، لا يضمن.

١٠٢٤٨ - وذكر شيخ الإسلام في "شرح كتاب الصلح" أيضًا: الحريق إذا كان غالبًا، وقد أحاط بمنزل المودع، إذا ناول الوديعة جارًا لا يضمن استحسانًا، وإن لم يكن أحاط بمنزله[١] ضمن.

هذا إذا كان الدفع لضرورة، وإن كان الدفع لغير ضرورة، فهلك في يد الثاني، إن هلك قبل أن يفارق الأول الثاني، فلا ضمان على واحد منهما بلا خلاف، وإن هلك بعد ما فارقه الأول، فالأول يضمن بلا خلاف، وأما الثاني: ففيه خلاف، على قولهما يضمن، وعلى قول أبي حنيفة لا يضمن، لأن بهذا الدفع صار المال أمانة في يد الثاني؛ لأن للأول أن يحفظ الوديعة بيد الثاني بحضرته، ولهذا لو هلكت في يد الثاني، والأمانة لا تضمن إلا بالتعدي، ولم يوجد من الثاني التعدي، إنما وجد من الأول، حيث فارقه.

فإن ادعى المودع [الضرورة][٢]، بأن ادعى أنه وقع الحريق في بيته، ذكر "القدوري" أنه لا يصدق، إلا ببينة في قول أبي يوسف، وهو قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

وذكر في "المنتقى": أنه إن علم أنه قد احترق بيته، قبل قوله، وإن لم يعلم لا يقبل قوله إلا ببينة.

١٠٢٤٩ - وفي "القدوري" يقول: إذا حفظ الوديعة في حرز ليس فيه ماله، يضمن. والمراد منه حرز غيره؛ لأن الحرز في يد ذلك الغير، فصار الوضع في الحرز كالتسليم إلى ذلك الغير، أما إذا استأجر حرزًا لنفسه، وحفظ فيه، لم يضمن، وإن لم يكن فيه ماله؛ لأنه بمنزلة

(١) ورد في نسخة "ف": وإن لم يكن أحاط بمنزل المودع.

(٢) أثبت من نسختي "ظ" و "ف".

بيته.

١٠٢٥٠ – وسئل نجم الدين عن خفاف جرى إلى القرى للاكتساب، فأعطاه رجلا خفًّا ليصلحه، فوضعه مع رحله في دار، ودخل البلد، فسرق الخف، فقال: إن كان اتخذ دار المسكني بأي طريق كان، فلا ضمان عليه، وإن كان وضعه في دار رجل لا يسكن هو معه في تلك الدار، فهو ضامن؛ لأنه أودع الأمانة أجنبيًا من غير ضرورة.

١٠٢٥١ – إذا كانت عند امرأة وديعة، حضرتها الوفاة، فدفعتها إلى جارة، فهلكت عندها، فإن لم يكن وقت وفاتها بحضرتها أحد من عيالها، فلا ضمان؛ لأنها دفعت الوديعة إلى الأجنبية لضرورة.

١٠٢٥٢ – في "فتاوى أبي الليث" وفي هذا الموضع أيضًا: إذا آجر المودع بيتا من داره من إنسان، ودفع إليه الوديعة إلى هذا المستأجر، فهذا على وجهين: إما إذ كان لهما - أعني الآجر والمستأجر - غلق على حدة، وفي هذا الوجه عليه الضمان؛ لأنه ليس في عياله، ولا بمنزلة من في عياله، وإن لم يكن لكل واحد منهما غلق على حدة، وكل واحد منهما يدخل على صاحبه بغير حشمة، فلا ضمان؛ لأنه بمنزلة من في عياله.

وفي هذا الموضع أيضًا: رجل غاب، وخلف امرأته في منزله الذي فيه ودائع الناس، ثم رجع وطلب الوديعة، فلم يجدها، فإن كانت المرأة أمينة، فلا ضمان على الزوج، وإن كانت غير أمينة، وعلم الزوج بذلك، ومع هذا ترك الوديعة معها، فهو ضامن.

وعن هذه المسألة قالوا: ينبغي أن يقول بالفارسية: غلام خويش ماند، فذهب الغلام بودائع الناس، فالمتواكه دن ضامن شود: إن علم أن الغلام سارق، وليس بأمين، والله أعلم.

الفصل الثالث
في الشرط في الوديعة ما يجب اعتباره وما لا يجب اعتباره

١٠٢٥٣ - قال محمد في "الأصل": إذا أودع رجل رجلاً ألف درهم، وقال له: اخبأها في بيتك هذا، فخبأها في بيت آخر من داره تلك، لا يضمن استحسانًا؛ لأنه إنما يراعى من الشروط ما يفيد، وهذا الشرط لا يفيد. ألا ترى أنه لو قال له: اخبأها في هذا الصندوق، فخبأها في صندوق آخر في بيته، فضاعت، لا ضمان عليه.

ولو قال: اخبأها في هذه الدار، فخبأها في دار أخرى في محلة أخرى، أو في تلك المحلة، فهو ضامن، وإن كانت الثانية أحرز من الأولى، هكذا ذكر شيخ الإسلام في "شرح كتاب الوديعة". وكذلك إذا قال: اخبأها في هذه الدار، ولا تخبؤها في دار أخرى، فخبأها في الدار الأخرى.

وفي "شرح الطحاوي": إذا كانت الدار التي خبأها فيها، والدار الأخرى في الحرز على السواء، وكانت الدار التي خبأها فيها أحرز، فلا ضمان عليه، سواء نهاه عن الخبء فيها، أو لم ينهه.

وفي "نوادر هشام" عن محمد رحمه الله تعالى: أنه إن كانت الدار الثانية أحرز، فلا ضمان، ولم يذكر محمد في مسألة البيتين ما إذا قال: اخبأها في هذا البيت، ولا تخبأها في هذا البيت، فخبأها في البيت المنهي عنه، ذكر شيخ الإسلام في "كتاب الوكالة" في باب وكالة الصبي: أنه يضمن.

وفي "شرح الطحاوي": إذا كان البيت الآخر أحرز من المنهي عنه، يضمن، وما لا فلا. والجواب في المصرين نظير الجواب في الدارين.

١٠٢٥٤ - إذا قال للمودع: احفظ الوديعة بيدك، ولا تضعها ليلاً ولا نهارًا، فوضعها في بيته، وهلكت، فلا ضمان، وإن كان هذا شرطًا مفيدًا؛ لأن هذا لا يمكن اعتباره.

إذا قال له: احفظ في هذا المصر، أو قال له: لا تخرجها من هذا المصر، فسافر بها، إن كان سفرًا له منه بد، ضمن، وإن كان سفرًا لا بد منه لا يضمن.

بيانه: إن أمكنه حفظ الوديعة في المصر الذي أمر بالحفظ فيها مع السفر، بأن كان ترك عبدًا له في المصر المأمور به، أو بعض من في عياله، فإذا لم يكن له عيال، أو كان، إلا أنه

احتاج إلى نقل العيال، فسافر، فلا ضمان.

هذا إذا عين عليه مكان الحفظ، وإن لم يعين عليه مكان الحفظ، ولم ينهه عن الإخراج عن المصر، بل أمره بالحفظ مطلقًا، فسافر بها، إن كان الطريق مخوفًا، يضمن بالإجماع، وإن كان الطريق آمنًا، إن كان الوديعة شيئًا لا حمل له، ولا مؤنة، فلا ضمان؛ لأن الطريق إذا كان آمنًا، كان صالحًا للحفظ فيه، فقد حفظ الوديعة في مكان صالح للحفظ، والأمر بالحفظ مطلق، فيدخل هذا النوع من الحفظ تحته. فأما إذا كانت الوديعة شيئًا [له حمل ومؤنة](١)، إن كان لا بد له من السفر بها، فإن كان عجز عن الحفظ في المصر الذي أودعه فيه، فإنه لا يضمن عندهم جميعًا، فأما إذا كان له بد من المسافرة بها، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: لا ضمان، قربت المسافة أو بعدت عملا لإطلاق الأمر بالحفظ، وعلى قول محمد رحمه الله تعالى: يضمن، قربت المسافة أو بعدت؛ لأن الأمر بالحفظ تقيد بمكان الوديعة عرفًا وعادة، إذا كانت الوديعة شيئًا له حمل ومؤنة حتى لا يلزم صاحب الوديعة الحمل والمؤنة، وعلى قول أبي يوسف: إن قربت المسافة فلا ضمان، وإن بعدت، فهو ضامن.

١٠٢٥٥ - وإذا دفع الرجل إلى غيره وديعة، وقال له: لا تدفعها إلى امرأتك، فإني اتهمتها، أو قال: إلى ابنك، أو قال: إلى عبدك، وما أشبه ذلك، فدفع إليه، فإن كان لا يجد المودع بدًا من الدفع إليه، بأن لم يكن له عيال سواه، لم يضمن بالدفع إليه، وإن كان يجد بدًا منه، فهو ضامن؛ لأنه خالف شرطًا مفيدًا؛ لأن من في عياله قد يتفاوتون في الحفظ، ولا ضرورة له في ذلك.

١٠٢٥٦ - المودع إذا وضع الوديعة في حانوته، فقال له صاحبها: لا تضع في الحانوت، فإنه مخوف، فتركها فيه، حتى سرق ليلًا، فهذا على وجهين: إن لم يكن له موضع آخر أحرز من الحانوت، لا يضمن، وإن كان له موضع آخر أحرز من الحانوت، يضمن إذا كان قادرًا على الحمل.

١٠٢٥٧ - في «فتاوى أبي الليث»: رجل دفع إلى رجل مرًا، وقال: شق به أرضي، ولا تشق به أرض غيري، فشق الرجل أرض الآمر، ثم شق أرض غيره، فضاع المر، فهذا على وجهين: إما إن ضاع قبل أن يفرغ من الشق الثاني، أو بعد ما فرغ، ففي الوجه الأول يضمن؛ لأنه مودع مخالف، وفي الوجه الثاني لا؛ لأن الشاق أجير أو معير، فكيفما كان، فالمر غير مستأجر ولا مستعار، وإنما هي وديعة، فإذا شق بأرض غيره صار مخالفًا، فإذا هلك قبل أن

---

(١) هكذا ورد في جميع النسخ التي عندنا، وورد في الأصل: لا حمل، ولا مؤنة

يخرج من الشيء، فقد هلك في حالة الخلاف، وإذا ترك الاستعمال عاد إلى الوفاق، فيخرج عن الضمان، وحكم الرهن كالوديعة. هذه الجملة في فتاوى القاضي.

١٠٦٥٨ - وسئل أبو بكر عن أكار لامرأة، قالت له: لا تطرح أموالي في منزلك، وهو يطرح في منزله، ثم جنى جناية، فهرب من منزله، فرفع السلطان ما كان في منزله، قال: إن كان منزله قريبًا من موضع البيدر، فلا ضمان عليه؛ لأن حجرها ليس بمعتبر؛ لأن حفظ الكدس وتحصينه كان على الأكار، وقد طرحه في موضع أحسن من البيدر، وأخف مؤنة، فلا يكون ضامنًا.

سئل الفقيه أبو بكر: قال المودع للتاجر: ضعها في هذا العدل، وأشار إليها، فوضعها في الحقيبة، قال: ضمن. وإن قال: ضعها في الجوالق من غير إشارة، فوضعها في الحقيبة، قال: لا يضمن.

وضع الكتاب في يد متوسط، وأمره أن يسلم الصك إلى غريمه، إن دفع إليه الدراهم قبل مضي ثلاثة أشهر، فلم يدفع إليه إلا بعد مضي سنة، فجاء الطالب يريد أن يسترد الصك منه، قال: إن علم إيفاء حقه قبل المدة أو بعدها، يدفع المتوسط الصك إلى المطلوب دون الطالب.

١٠٦٥٩ - قال محمد في ثلاثة نفر أودعوا رجلا مالا، وقالوا: لا تدفع المال إلى أحد منا حتى نجتمع، فدفع نصيب واحد منهم إليه، قال: ضمن قياسًا، وبه قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى، ولم يضمن استحسانًا، وبه قال أبو يوسف رحمه الله تعالى.

جيرانه يحفظونه، لا أن يكون هذا إيداعًا من الجيران حتى يقال: ليس للمودع أن يودع، لكن هذا مودع لم يضيع. وذكر صدر الشهيد في آخر كتاب الغصب مسألة تدل على الضمان ههنا، فيتأمل عند الفتوى.

١٠٢٦٤ - وفي فتاوى أبي الليث: لو قال المودع: إني وضعت الوديعة بين يدي، فقمت، ونسيتها، فضاعت يضمن؛ لأن هذا تضييع منه. ولو قال: وضعت بين يدي في داري، فالمسألة بحالها ينظر: إن كان مالاً لا يحفظ في عرصة الدار، وعرصة الدار لا تعد حرزًا له، كصرة الذهب ونحوها، فكذلك.

ولو قال: دفنت في داري، أو قال: في كرمي، ونسيت موضعها، لم يضمن إذا كانت للدار أو الكرم باب؛ لأنه ليس بتضييع. ولو قال: دفنت في موضع آخر، ونسيت مكانها، يضمن؛ لأنه تضييع. وكذلك لو لم يبين مكان الدفن. ولو قال: سرقت الوديعة عن المكان المدفون، فإن كان للدار والكرم باب لم يضمن، وإن لم يكن لهما باب يضمن.

١٠٢٦٥ - وفي آخر هذا الكتاب: إذا وضع الوديعة في مكان حصين ثم نسي، اختلف المشايخ فيه: قال بعضهم: يضمن، وقال بعضهم: لا يضمن. قال صدر الشهيد: والمختار أنه إن قال: وضعت في داري، فنسيت المكان لا يضمن؛ لأن له أن يضع في داره، وإن قال: لا أدري وضعت في داري أم في موضع آخر، يضمن؛ لأنه لا يدري أنه وضع في موضع له ولاية الوضع.

وقد قيل: إذا كانت الوديعة مدفونة في الدار، أو في الكرم لا يشترط أن يكون لها باب، ألا ترى أنه لو سرق المدفون في المقبرة يقطع، وإذا لم تكن مدفونة إن كانت موضوعة في موضع لا يدخل فيه أحد إلا بالاستئذان لا يضمن، وإن لم يكن باب.

١٠٢٦٦ - المودع إذا وضع الوديعة في الجبانة، فسرقت الوديعة، ضمن؛ لأنه ضيعها، فإن توجهت السراق نحو المودع، فدفن الوديعة في الجبانة حتى لا يؤخذ من يده، ثم مر على خوفهم، فلم يظفر بالمكان الذي دفن الوديعة فيه، إن أمكنه أن يجعل له علامة، فلم يفعل ضمن، وإن لم يمكنه أن يجعل ثمة علامة وأمكنه أن يقعد ما قرب الأمر بعد زوال الخوف، فلم يفعل وأخره ثم جاء، فلم يجد الوديعة، كان ضامنًا.

١٠٢٦٧ - وإن كانت الوديعة معه، بمحضر منه، فلما توجهت السراق قال رب الوديعة: ادفن، فدفن، ثم ذهب السراق، وذهبوا أيضًا بعد ذلك، أو ذهبوا أولاً، ثم ذهب السراق، ثم حضروا، فلم يجدوا المدفون، فلا شك أن المودع لا يكون ضامنًا في هذه الصورة،

حيث دفن بأمر المالك.

وأما إذا كان المودع وحده، والمسألة بحالها، فالجواب فيها على التفصيل، إذا ذهب السراق أولاً، وتمكن المودع من دفع الوديعة، فلم يدفع، وترك ثمه مع الإمكان، فهو ضامن. وأما إذا مكث السراق ثمه، ولم يمكنه الفرار ثمه لخوفهم، فذهب، ثم جاء، فلم يجد، فهذا على وجهين: إن جاء على فور ما أمكنه، وزال الخوف، فلم يجد، لا يكون ضامناً، وإن تأخر مع الإمكان كان ضامناً؛ استدلالا بمسألة ذكرها في كتاب الغصب، والضمان من "فتاوى أهل سمرقند": أن السفينة إذا خيف غرقها، فرفعوا بعض الحمولات، ووضعوها في ناحية، فضاع شيء من ذلك، إن ضاع قبل زوال الخوف لا يكون الرافع ضامناً، وإن ضاع بعد زوال الخوف، كان ضامناً، كذا ههنا.

١٠٢٦٨- الوديعة إذا أفسدها الفأرة، وقد اطلع المودع على ثقب معروفة، إن كان أخبر صاحب الوديعة أن هناك ثقب الفأرة، فلا ضمان، وإن لم يخبر بعد ما اطلع عليه، ولم يسده، ضمن؛ لأنه ضيعها.

وفي "مجموع النوازل": سئل نجم الدين رحمه الله تعالى عمن دفع خفاً إلى خفاف ليصلحه، فترك الخفاف في حانوته، فسرق ليلاً، هل يضمن؟ قال: لا، إن كان في الحانوت حافظ، وفي السوق حارس، وكان الشيخ الأجل ظهير الدين يفتي بعدم الضمان، وإن لم يكن هناك حافظ، ولا حارس. وقد قيل: يعتبر العرف، إن كان العرف فيما بين الناس أنهم يتركون الأشياء في الحوانيت من غير حافظ، ولا حارس في السوق، فلا ضمان، وإن كان العرف بخلافه، يجب الضمان.

١٠٢٦٩- ولذلك قيل: لو ترك باب الدكان مفتوحاً، وكان في موضع ذلك عرفهم وعادتهم، لا ضمان، وفي بخارى جرى العرف بترك باب الدكان مفتوحاً باليوم، وتعليق شيء على باب الدكان نحو الشبكة، وأشباه ذلك، والرواية محفوظة فيما ترك الحائك الثوب الذي نسج بعضه، والغزل في بيت الطراز ولم يكن هناك حافظ، ولا حارس في السوق، أنه لا ضمان على الحائك.

١٠٢٧٠- وفي "فتاوى أبي الليث": المودع إذا وضع الوديعة في الدار، وخرج والباب مفتوح، فجاء سارق، ودخل الدار، وسرق الوديعة، فإن لم يكن في الدار أحد ولا في موضع يسمع المودع الحنين يضمن؛ لأن هذا تضييع.

١٠٢٧١- إذا ربط دابة الوديعة على باب داره، وتركها، ودخل الدار، فضاعت، إن

كان بحيث يراها، فلا ضمان، وإن كان بحيث لا يراها، فإن كان في المصر، فهو ضامن، وإن كان في القرى، فلا ضمان، وهذا لأن العادة في حق أهل القرى أن النساء يجلسن على باب دورهن، فيحفظن على باب جارهن، فلم يكن مضيعًا، ولا كذلك في الأمصار.

وإن ربطها في الكرم، أو على رأس القنير، وذهب، فقد قيل: إن غاب عن بصره فهو ضامن، وإن لم يغب عن بصره فلا ضمان. وقد قيل: إذا كان للكرم باب وحيطان فلا ضمان على كل حال. وقد قيل: يعتبر العرف في هذا، وقد مر جنس هذا.

١٠٢٧٢ - المودع إذا جعل دراهم الوديعة في خفه، فسقط عنه قيل: أن يجعلها في الخف اليمنى، فهو ضامن؛ لأنه يحتاج إلى رفع الرجل اليمنى عند الركوب، وإن جعلها في الخف اليسرى، فلا ضمان. وقيل: لا ضمان على كل حال؛ لأن العادة جرت بجعل الناس أموالهم في خفافهم، ولا يميزون بين اليمنى واليسرى.

وكذلك إذا ربط دراهم الوديعة في طرف كمه، أو جعلها في الأذن، أو في طرف العمامة، فلا ضمان؛ لأن الناس في عادتهم كذلك يفعلون ذلك بأموالهم، ويعدون ذلك حفظًا. وكذلك لو شد دراهم الوديعة على منديل، ووضع في كمه، فسرق منه، فلا ضمان.

في "فتاوى أبي الليث": إن جعل الرجل دراهم الوديعة في جيبه، وحضر مجلس الفسق، فسرقت منه، فلا ضمان؛ لأنه يحفظ ماله هكذا. ذكر في "فتاوى النسفي": وإن ظن أنه إذا جعلها في جيبه، فإذا هي لم تدخل الجيب، فعليه الضمان.

١٠٢٧٣ - إذا قال المودع: لا أدري أضيعت الوديعة، أو لم أضيع، يضمن، ولو قال: لا أدري، أضاعت الوديعة أو لم تضع، فلا ضمان؛ لأن في الوجه الأول حقق ما توهم، فيجب الضمان، وفي الوجه الثاني لا.

١٠٢٧٤ - في "فتاوى أهل سمرقند": امرأة أودعت صبية من بنات سنة، فاشتغلت بشيء، فوقعت الصبية في الماء، لا ضمان عليها.

فرق بين هذا وبين الغصب، هكذا ذكر المسألة في "فتاوى أبي الليث"، وفي هذا الجواب نوع نظر، وينبغي أن يقال: إن لم يغب عن بصرها، فلا ضمان، وإن غاب عن بصرها، فهي ضامنة.

١٠٢٧٥ - إذا نام المودع، وجعل الوديعة تحت رأسه، أو تحت جنبه، فضاعت، فلا ضمان عليه، وكذلك إذا وضعها بين يديه، ونام. وهو الصحيح، وإليه مال شمس الأئمة

السرخسي رحمه الله تعالى في شرح كتاب السرقة: قالوا: إنه لا يجب الضمان في الفصل الثاني إذا نام قاعدًا، أما إذا نام مضطجعًا فعليه الضمان، وعدم شيء من ذلك فيما تقدم وهذا إذا كان في الحضر، أما إذا كان في السفر فلا ضمان عليه نام قاعدًا أو مضطجعًا.

١٠٢٧٦- وفي فتاوى أبي الليث: سئل أبو القاسم رحمه الله تعالى عمن حمل ثياب الوديعة على دابته، فنزل عن دابته في بعض الطريق، ووضع الثياب تحت جنبه، ونام عليه، فسرق الثياب، قال: إن أراد به النوم فهو ضامن، وإن أراد به الحفظ فلا ضمان، وإن كان مكان الثياب كيس فيه دراهم، لم يضمن؛ لأنه لا يجعل ذلك بالدراهم إلا للحفظ.

وفيه أيضًا: إذا كانت الوديعة شيئًا يخاف عليه الفساد، وصاحب الوديعة غائب، فإن رفع المودع الأمر إلى القاضي حتى يبيعه جاز، وهو الأولى، وإن لم يرفع حتى فسدت لا ضمان عليه؛ لأن حفظ الوديعة على مقدار ما أمر به.

١٠٢٧٧- وفي الجامع الأصغر: سئل أبو القاسم عمن عنده وديعة، فرفعها رجل، فلم يمنعه المودع، إن أمكنه منعه ودفعه، فلم يفعل، فهو ضامن، وإن لم يمكنه ذلك فإنه يخاف دعارته وضربه، فلا ضمان.

وذكر شيخ الإسلام في آخر وصايا الجامع: المودع إذا دل إنسانًا على أخذ الوديعة، إنما يضمن المودع إذا لم يمنع الآخذ، ولو منع الآخذ فسرقه لأجل دلالته، أما إذا منعه فلا ضمان.

وفي فتاوى النسفي: سئل عن مودع ربط سلسلة باب خزانته في الخان، ولم يقفل، وخرج، فسرقت الوديعة، قال: إن عد هذا إغلاقًا عادة لا يضمن، وإلا فلا.

١٠٢٧٨- وفي فتاوى الفضلي: سئل عمن خرج إلى الجمعة، وترك باب حانوته مفتوحًا، وأجلس على باب الدكان ابنًا صغيرًا له، وفي الحانوت ودائع الناس، فسرقت الودائع، قال: إن كان الصبي ممن يعقل الحفظ ويحفظ الأشياء، لم يضمن، وإلا فهو ضامن.

١٠٢٧٩- وفيه أيضًا: سئل عن مودع غاب عن بيته، ودفع المفتاح إلى أجنبي: أي في بيته شيء، وأخذ منه المفتاح، فلما رجع إلى بيته، لم يجد الوديعة، قال: لا ضمان عليه. قيل له: بدفع المفتاح إلى الأجنبي لا يصير جاعل البيت وما فيه في يده؟ قال: لا.

١٠٢٨٠- سئل أبو جعفر رحمه الله تعالى عمن في حانوته وديعة رجل، أخذ السلطان الوديعة من حانوته لجنايته، ورهنها عند رجل، قال: إن كان المرتهن طائعًا في الارتهان، فلصاحب الوديعة أن يضمن السلطان إن شاء، وإن شاء ضمن المرتهن، ولا ضمان على

جهات الحفظ ، هكذا وقع في بعض نسخ هذا الكتاب [ووقع في بعضها : إذا جحد الوديعة ، ثم أقر بها وهلكت لم يضمنها . وفي هذا الكتاب][١] أيضًا رواية الحسن بن زياد عن أبي يوسف : إذا جحد الوديعة في وجه صاحبها ، يضمن ، وإن جحد لا في وجهه ، لا يضمن .

وفي " النوادر " عن محمد : أنه لا ضمان إذا لم يواجه صاحبها بالجحود .

وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في كتاب الوديعة[٢] : إذا جحد الوديعة في وجه المالك ، لا بناء على [طلب المال ، بأن قال المالك : ما حال الوديعة ؟ يستنكره على][٣] الحفظ ، قال : ليس لك عندي وديعة ، فلا ضمان في قول أبي يوسف ، هذا كله في المنقول .

١٠٢٨٥ - وأما إذا جحد الوديعة في العقار ، ذكر شمس الأئمة السرخسي هذا في شرحه : أنه لا ضمان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر في جميع الوجوه ؛ لأن جحود الوديعة بمنزلة الغصب . ومن المشايخ من قال : العقار يضمن بالجحود بلا خلاف [قال شمس الأئمة الحلواني : في ضمان الجحود في العقار عن أبي حنيفة رحمه الله روايتان][٤] .

وفيه أيضًا بشر عن أبي يوسف : رجل استودع رجلا وديعة ، فجحدها إياه ، ثم أخرجها بعينها ، وأقر بها ، وقال لصاحبها : اقبضها ، فقال صاحبها : دعها وديعة عندك ، فضاعت بعد ذلك ، قال : إن تركها عنده ، وهو قادر على أخذها إن شاء ، فهو بريء ، وهي وديعة عنده ، وإن كان لا يقدر على أخذها ، فهو على الضمان الأول ، يعني به الضمان الثابت بالجحود ، فإن الوديعة بالجحود دخلت في ضمانه . وكذلك إذا قال : اعمل به مضاربة .

١٠٢٨٦ - في " المنتقى " بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : إذا قال المودع لصاحب الوديعة : وهبت لي الوديعة ، وأنكر صاحبها ذلك ، فلا ضمان عليه ؛ لأنه لم يجحدها ، وإن طلب صاحبها فمنعها ، ضمن بالمنع .

١٠٢٨٧ - أودع شيئًا عند غيره ، فوضع المودع الطشت على رأس التنور في بيته ، فوقع عليه شيء ، فانكسر ، فالجواب فيه على التفصيل : إن كان وضعه على رأس التنور في بيته ليغطي به التنور ، يضمن ، وإن كان وضعه كما يوضع في العادة ، لا لأجل التغطية ، لا يضمن ؛ لأن في الوجه الأول مستعمل ، وفي الوجه الثاني لا .

[١] ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف .

[٢] وفي [illegible] ظ و م : في شرح كتاب الوديعة .

[٣] ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف .

[٤] ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف .

ومن هذا الجنس: أودع عند رجل طبقا، فوضع المودع الطبق على رأس الحب، فضاع، فإن كان الوضع على وجه الاستعمال، يضمن، وإن كان الوضع لا على وجه الاستعمال، لا يضمن. وطريق معرفة ذلك إن كان في الجب شيء نحو الماء والدقيق، أو نحو ذلك مما يغطى [على][1] رأس الجب لأجله، كان استعمالا، وإن كان الجب خاليا، أو كان فيه شيء لا يغطى رأس الجب لأجله، لم يكن استعمالا.

١٠٢٨٨- وإذا أخذت المرأة ثوب الوديعة، وسترت العجين، فهي ضامنة، وهذا استعمال، وليس بحفظ.

١٠٢٨٩- وفي "العيون": دابة الوديعة إذا أصابها شيء، فأمر المودع إنسانا أن يعالجها، فعطبت من ذلك، فصاحب الدابة بالخيار، يضمن أيهما شاء، فإن ضمن المستودع، لم يرجع على الذي عالجها؛ لأنه تبين أنه عالج دابته بأمره، وإن ضمن الذي عالجها، يرجع على المستودع. فالمسألة على ثلاثة أوجه: إما إن علم أنها دابة المودع، أو لم يعلم [لكن لم يعلم][2] أنها لغيره، أو علم أنها لغيره، بأن أخبره أنها ليست بدابتي، ولم أومر فيها بهذا، ففي الوجه الأول يرجع؛ لأن الأمر قد صح، فانتقل الفعل إليه، وفي الوجه الثاني كذلك.

فرق بين هذا وبين مسألة حفر البئر في الحائط على ما ذكرنا في كتاب الغصب.

والفرق: أن موضع تلك المسألة في الدار، والدار إذا لم يكن الآمر ساكنا فيها، لا يعرف أنها في يده، لجواز أنها في يد غيره لعدم دليل الملك، أما الدابة فمنقول، واليد على المنقول لا يثبت إلا بالدليل، وإذا لم يوجد النفي من الغير، علم أنها ليست في يد الغير، فكانت في يد المستودع، واليد دليل الملك. وفي الوجه الثالث لا يرجع؛ لأن الأمر لا يصح.

المودع إذا بعث الحمار، أو البقر إلى المرج: يعتبر في ذلك العرف والعادة -والله أعلم-.

---

(١) أثبت هذه العبارة من نسخة "ف".

(٢) أثبت هذه العبارة من نسخة "ظ".

١٠٦٩٣ - وفي "الواقعات": القاضي إذا قبض أموال اليتامى، ومات ولم يبين، فهو على وجهين: إن وضعها في بيته، ولا يدري أين هي، يضمن؛ لأنه مودع مات مجهلاً، وإن دفعها إلى قوم، ولا يدري إلى من دفعها، فلا ضمان؛ لأن القاضي ليس بمودع، وإنما المودع غيره، وذلك الغير على حاله لم يثبت فصلاً من موت مجهلاً.

وفي "الهاروني": لو أن المستودع لم يمت، ولكن جن جنوناً مطبقاً، وله أموال، فطلب الوديعة، فلم توجد، وقد يئسوا من أن يرجع إليه عقله، كانت ديناً عليه في ماله، ويجعل القاضي له وليًا يقبضها من ماله، ويأخذ منهم ضمينًا ثقة من الذي يدفع إليه، فإن أفاق المستودع بعد ذلك، وقال: ضاعت عندي الوديعة، أو قال: رددتها عليه، وحلف على ذلك، رجع به على الذي دفعه إليه.

١٠٦٩٤ - وفي "الأجناس": لو كان المستودع دفع الوديعة إلى امرأته، وقد علم ذلك، ثم مات المستودع، فاختلف المرأة فيه، فإن قالت المرأة: قد ضاعت، أو قالت: قد سرقت، فالقول قولها مع يمينها، ولا شيء عليها، ولا في مال الميت.

وإن قالت المرأة: قد رددتها عليه قبل أن يموت، فالقول قولها مع يمينها، ولا ضمان عليها، وتصير ديناً على الميت.

وإن كان الميت ترك مالاً، ضرب الألف ديناً فيما ورثته المرأة من الزوج؛ لأنها لما زعمت أنه دفعها إليه، فقد زعمت أنه صار ديناً مضموناً عليه لموته مجهلاً، وزعمها حجة في حقها.

وإن لم يعلم أنه دفعه إلى امرأته، ولا يعرفه، كان قيل له قبل أن يموت: ما فعلت بالألف التي أودعكها فلان؟ فقال: دفعتها إلى امرأتي، ثم مات، ثم سئل المرأة، فأنكرت أن يكون دفعها إليها، فإنها غارمة، ولا شيء عليها. وإن كان الميت ترك مالاً، فهي دين فيما ورثت المرأة منه؛ لأنها حين قالت: لم يودعني، فقد زعمت أنها عنده على حالها، وأنها صارت عليه، والدين مقدم على الميراث، وزعمها معتبر في حقها.

وفيه أيضاً: إذا قال المضارب قبل أن يموت: أودعت مال المضاربة فلاناً الصيرفي، ثم مات، فلا شيء عليه، ولا على ورثته، وإن قال الصيرفي: ما أودعني شيئاً، كان القول قوله مع يمينه، ولا شيء عليه، ولا على ورثة الميت، وإن مات الصيرفي قبل أن يقر بشيء، ولا يعلم أن المضارب دفعه إلى الصيرفي إلا بقوله، لا يصدق على الصيرفي، وإن كان دفعه إلى الصيرفي ببينة، أو إقرار من الصيرفي، ثم مات المضارب، ثم مات الصيرفي، ولم يبينه، كانت ديناً في مال الصيرفي، ولا شيء على المستودع.

وإن مات المضارب، والصيرفي حيّ، فقال الصيرفي : رددتها عليه في حياته، فالقول قوله، ويحلف، ولا ضمان عليه، ولا على الميت.

١٠٢٩٥ - وإن أودع جارية، فمات المستودع، ولم يبين، ثم رآها حية بعد موته، فلا ضمان على المستودع، وإن لم يرها بعد موته، فقالت ورثته : قد رددت عليه في حياته، أو هربت، لا يقبل قوله في شيء من ذلك؛ لأنهم يدفعون عن أنفسهم الضمان، وتعتبر قيمتها آخر ما رآها حية عنده دينًا في ماله، وكذلك العارية والإجارة في الأجناس أيضًا.

١٠٢٩٦ - وفي «النوازل» : إذا مات المستودع، فقال ورثته : قد رد الوديعة في حياته، لم يقبل قولهم، والضمان واجب في مال الميت؛ لأنه مات مجهلًا، فإذا أقام الورثة البينة على إقرار الميت أنه قال في حياته : رددت الوديعة، فلا ضمان؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت عيانًا، ولو عاينا إقرار المودع حال حياته بذلك، ثم مات، لا ضمان عليه، كذا هنا.

١٠٢٩٧ - وفي «الواقعات» : إذا اختلف الطالب وورثة المودع في الوديعة، فقال الطالب : قد مات ولم يبين، فصارت دينًا في ماله، وقالت الورثة : كانت قائمة بعينها يوم مات المودع، وكانت معروفة، ثم هلكت بعد موته، فالقول قول الطالب، هو الصحيح؛ لأن الوديعة صارت دينًا في التركة ظاهرًا، فالورثة يدعون أمرًا بخلاف الظاهر، والطالب متمسك بالظاهر.

١٠٢٩٨ - ذكر في «الجامع الكبير» : وارث مستودع قال لصاحب المال : قد قبضت بعض وديعتك، وقال صاحب المال : لم أقبض شيئًا، قيل لصاحب المال : لابد أن تقر بقبض شيء، وتحلف على ما بقي بالله ما قبضت منه ما قالت الورثة؛ لأن إقرار المستودع على صاحب الوديعة بالقبض جائز لكونه مدعيًا من جهته، فصار إقراره كإقرار صاحب الوديعة، ألا ترى أن المستودع لو قال لصاحب الوديعة : قد قبضت جميع وديعتك، جاز، كما لو أقر صاحب الوديعة بنفسه.

ولو أقر صاحب الوديعة بقبض بعض الوديعة، ثم مات المستودع، قيل له : بيّن؛ لأنه أقر بقبض شيء مجهول، فيرجع في البيان إليه، فإذا بيّن، كان القول قوله في البيان، كذلك ههنا، وعليه اليمين فيما يدعي الورثة من الزيادة؛ لأن ورثة المستودع صاروا ضامنين بتجهيل المورث، والضامن إذا ادعى على صاحب الضمان زيادة قبض كان القول قول صاحب الضمان، كما في الغصب والمغصوب منه.

وكذلك لو قال رب الوديعة : قد قبضت بعض وديعتي، ثم مات المستودع، فالقول قول رب المال فيما قبض؛ لأنه إقرار بقبض شيء مجهول، ويرجع في البيان إليه، ويكون القول

قوله فيما وراء ذلك؛ لأنه منكر للقبض، والورثة ضامنون بسبب تجهيل المستودع، فكان القول قوله، وكذلك لو قال ذلك بعد موت المستودع؛ لأن المعنى يجمعهما.

١٠٢٩٩- في «المنتقى»: رجلان أودعا ألف درهم، فمات المستودع، وترك ابنا، فادعى أحد الرجلين أن الابن استهلك الوديعة بعد موت أبيه، وقال الآخر: لا أدري ما حالها، فالذي ادعى على الابن الاستهلاك، فقد أبرأ الأب منها، حيث زعم أن أباه مات وتركها قائمة بعينها، واستهلكها ابنه، وادعى الضمان على الابن، فيصدق في حق الأب، ولم يصدق في حق الابن حتى لا يقضى له على الابن بشيء، وأما الآخر، فله خمسمائة درهم في مال الميت لوجود التجهيل في حقه، ولا يشاركه صاحبه فيها.

١٠٣٠٠- وفي «الجامع الكبير»: صبي ابن اثني عشر سنة يعقل البيع والشراء، وهو محجور عليه، أودعه رجل ألف درهم، فأدرك، ومات، ولم يدر ما حال الوديعة، فلا ضمان في ماله إلا أن يشهد الشهود أنه أدرك وهو في يده.

والحكم في المعتوه نظير الحكم في الصبي إذا أفاق، ثم مات، ولم يدر ما حال الوديعة، لا ضمان في ماله، إلا أن يشهد الشهود أنه أفاق وهي في يده.

وإن كان الصبي مأذونا له في التجارة، والمسألة بحالها، فهو ضامن للوديعة، وإن لم يشهد الشهود أن الصبي أدرك وهي في يده. وكذلك الحكم في المعتوه إذا كان مأذونا له في التجارة.

ولو أن عبدا محجورا عليه أودعه رجل، ثم أعتقه المولى، ثم مات، ولم يبين الوديعة، فالوديعة دين في مال الميت، وإن مات وهو عبد، فلا شيء على مولاه؛ إلا أن يعرف الوديعة بعينها، فيرد على صاحبها.

وإن أذن له المولى في التجارة بعدما استودع، ثم مات، فلا ضمان عليه إلا أن يشهد الشهود أنها كانت في يده بعد الإذن، فإذا شهد الشهود بذلك، ثم مات، وترك مالا، فالوديعة في ذلك المال.

١٠٣٠١- في «المنتقى»: رجل أودع رجلا بطيخا، أو عنبا، وغاب، ثم مات المستودع، ثم قدم المودع بعد مدة يعلم أن تلك الوديعة لا تبقى إلى تلك المدة، فهي دين في مال الميت؛ لأنه يتوهم بيعها بعد الموت، وهذا بناء على ما قلنا: إن تجهيل الوديعة [عند الموت](١) سبب للضمان.

---

(١) أثبت هذه العبارة من: [illegible]

الفصل السادس
في طلب الوديعة، والأمر بالدفع إلى الغير

١٠٣٠٢ - في فتاوى الفضلي: إذا طلب صاحب الوديعة، فقال المودع: اطلبها غدًا، فلما كان من الغد، قال المودع: ضاعت الوديعة، فالقاضي يسأله عن وقت الضياع، متى ضاعت؟ قبل قولك: اطلبها غدًا، أو بعد ذلك؟ إن قال: قبل ذلك، فهو ضامن؛ لأنه متناقض؛ لأن قوله: اطلبها غدًا، إقرار منه أنه ما ضاع، فإذا قال بعد ذلك: إنه كان ضاع قبل ذلك، صار متناقضًا، وإن قال: بعد ذلك فلا ضمان؛ لأنه لا تناقض.

في مجموع النوازل: إذا جاء المودِع إلى المودَع، يريد استرداد الوديعة، فقال المودع: لا يمكنني أن أحضرها هذه الساعة، وتركها، ورجع، فهذا ابتداء إيداع، قال نعم: لما طلبه برد الوديعة فقد عزله عن الحفظ، فخرج من أن يكون مودعًا، وما تركه عنده بعد ذلك صار مودعًا ابتداء.

١٠٣٠٣ - وفيه أيضًا: إذا قال رب الوديعة للمودع: احمل إليّ الوديعة اليوم، فقال: أفعل، فلم يحملها إليه، حتى مضى اليوم، وهلكت منه بعد ذلك، فلا ضمان؛ لأنه لا يجب على المودع نقل الوديعة إلى صاحبها، بل مؤنة الرد على صاحب الوديعة.

وفيه أيضًا: سئل شيخ الإسلام عمن قال لمودعه: إذا جاءك أخي، فادفع وديعتي التي عندك إليه، فجاء أخوه، وطلب الوديعة، فقال المودع: عد إلي بعد ساعة، لأدفعها إليك، فلما عاد إليه، قال: إنه قد كان هلك قبل مقالتي: عد إلي بعد ساعة، فهو ضامن لمكان التناقض، وهذه المسألة قريبة من المسألة المذكورة في أول هذا الفصل.

١٠٣٠٤ - في النوازل: قال صاحب الوديعة للمودع في السر: من أخبرك بعلامة كذا، فادفعها إليه، فجاء رجل، وزعم أنه رسول المودع، وأتى بتلك العلامة، فلم يصدقها المودع، ولم يدفعها إليه حتى هلكت، فلا ضمان؛ لأنه يتصور أن يأتي غير رسوله بتلك العلامة.

١٠٣٠٥ - رسول المودع إذا جاء إلى المودع، وطلب الوديعة، فقال المودع: لا أدفع إلا إلى الذي جاء بها، فلم يدفع إليه حتى هلكت، ذكر شيخ الإسلام نجم الدين عمر النسفي: أنه يضمن، وفيه نظر، فقد ذكر في الكتاب في مواضع أن من جاء إلى مودع رجل، وقال: إن

فلانًا وكلني بقبض وديعته منك، فصدقه في دعوى الوكالة [لا يؤمر بدفع الوديعة إليه، بخلاف ما إذا قال: وكلني بقبض ماله عليك من الدين، فصدقه المديون في دعوى الوكالة يؤمر](١)، فإنه يجبر على دفع الدين إليه.

١٠٣٠٦- رجل بعث ثوبًا له إلى القصار على يدي تلميذه، ثم بعث إلى القصار أن لا تدفع الثوب إلى الذي جاءك به بعد. إن كان الذي جاء بالثوب إلى القصار لم يقل للقصار: هذا ثوب فلان بعثه إليك، لا يضمن القصار بالدفع إليه، وإن قال: هذا ثوب فلان بعثه إليك، قال: إن كان الذي جاء بالثوب متصرفًا في أموره، فكذلك لا يضمن، وإن لم يكن متصرفًا في أموره؛ ضمن بالدفع إليه، هكذا قيل. وقيل: ينبغي أن يضمن، وإن كان متصرفًا في أموره؛ لأنه نهى القصار عن دفع الثوب إليه، فقد عزله عن هذا النوع من التصرف. والأول أوجه؛ لأن العزل لا يصح من غير علم المعزول، وليس في موضع المسألة أن الذي جاء بالثوب علم بهذا النهي.

١٠٣٠٧- في «الأصل»: إذا أمر صاحب الوديعة المودع أن يدفعها إلى رجل بعينه، فقال: دفعتها إليه، وقال ذلك الرجل: لم أقبضها منك، وقال رب الوديعة: لم يدفعها إليه، فالقول قول المستودع، ولا ضمان على المدفوع إليه [ويعتبر قول المودع في حق براءته عن الضمان، لا في حق إيجاب الضمان على المدفوع إليه](٢).

١٠٣٠٨- وفيه أيضًا: أودع رجل رجلًا دراهم، فجاء رجل، وقال: أرسلني إليك صاحب الوديعة لتدفعها إليّ، فدفعها إليه، فهلكت عنده، ثم جاء صاحبها، وأنكر ذلك، فالمستودع ضامن ذلك، وهل يرجع على الرسول بما ضمن؟ إن صدقه المدفوع في كونه رسولًا، ولم يشترط عليه الضمان، لا يرجع، وإن كذبه في كونه رسولًا ودفع، أو لم يصدقه، ولم يكذبه ودفع، أو صدقه ودفع على الضمان، يرجع.

ومعنى الضمان ههنا أن يقول المودع للرسول: أنا أعلم أنك رسول، لكن لا آمن أن يحضر المالك، ويجحد الرسالة، ويضمنني، فهل أنت ضامن لي ما تأخذ مني؟ فإذا قال: نعم، حصلت الكفالة بدين سيجب إلى سبب الوجوب، وأنه جائز، فيرجع المودع على الرسول بحكم الكفالة.

١٠٣٠٩- وفي «المنتقى»: ابن سماعة عن محمد: رجل أودع رجلًا ألف درهم، ثم

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

(٢) أثبت هذه العبارة من نسخة «م».

الفصل السابع
في رد الوديعة

١٠٣١١- إذا رد المودع الوديعة إلى منزل المودع، أو إلى أحد من عياله، فهلك، فالمودع ضامن، وأشار في "الجامع الكبير" إلى أنه لا ضمان.

١٠٣١٢- وإذا ردها بيد من في عياله، فلا ضمان، وإن ردها بيد ابنه، والابن ليس في عياله، فهلكت، فإن كان الابن بالغاً، فهو ضامن؛ لأنه ليس له أن يحفظ الوديعة بيده، إذا لم يكن في عياله، فلا يكون له الرد بيده.

وإن كان الابن غير بالغ، فلا ضمان؛ لأنه إذا كان غير بالغ، فتدبيره إلى الأب، وإن لم يكن في عياله، فالأب يتصرف به كما يتصرف لو كان في عياله، ألا ترى لو بعث الوديعة على يدي غيره، وقد أخذ العبد من غيره، لا يضمن.

وفي "النوازل": قالوا: إذا كان الابن غير بالغ، إنما لا يضمن بالرد عليه إذا كان يعقل الحفظ ويحفظ الأشياء، أما إذا كان لا يحفظ، فهو ضامن.

١٠٣١٣- إذا قال المستودع لصاحب الوديعة: بعثت بها إليك مع رسولي، وسمى بعض من في عياله، بأن قال: مع أمتي، أو قال: مع عبدي، أو ما أشبهه، كان القول قوله؛ لأن له الرد بيد هؤلاء، كما له الرد بنفسه، كان القول قوله، فكذا إذا ادعى الرد بيد هؤلاء.

١٠٣١٤- ولو قال: رددتها بيد أجنبي، ووصل إليك، وأنكر ذلك صاحب المال، فهو ضامن، إلا أن يقر به رب الوديعة، أو يقيم المودع بينة على ذلك؛ لأنه ليس له الرد بيد الأجنبي، فإذا ادعى ذلك فقد أقر بسبب الضمان، وبقوله: وصل إليك ادعى ما يبرئه عن الضمان، فلا يصدق إلا بحجة، والحجة إقرار رب الوديعة به، أو البينة.

وإن قال: بعثت إليك مع هذا الأجنبي، أو قال: استودعتها إياه، ثم ردها علي، فضاعت، لا يصدق على ذلك، ويصير ضامناً إلا بحجة؛ لأنه أقر بسبب الضمان، وادعى ما يبرئه. هذه المسائل في "الأصل".

١٠٣١٥- في "المنتقى" ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: رجل أودع رجلا ألف درهم، فاشترى بها، ودفعها إليه، ثم استردها بهبة، أو شراء، وردها إلى موضعها، فضاعت، لم يضمن، على قياس قوله: قد ردها بعينها إلى موضعها.

وقد روي عن إبراهيم عن محمد: أنه إذا قضاها غريمه بأمره، ثم ردها إليه، ثم وجدها زيوفًا، فهلكت، ضمن، علل فقال: لأن له أن يستعملها في الذي شاء، كسائر أملاكه، وهناك ليس صرفها في منافعه، فهي عنده على الوديعة. فالتعليل على هذا الوجه مذكور في الكتاب.

معنى قوله في فصل القضاء: له أن يستعملها في الذي يشاء، أن صاحب الوديعة لما أمره بقضاء الدين من الوديعة، صار مقرضًا الدراهم الوديعة منه، وصار المودع قاضيًا دين نفسه من مال نفسه، وصار مثل تلك الدراهم دينًا لصاحب الوديعة في ذمة المودع. فإذا ردت الدراهم على المودع، فقد عادت الدراهم إلى ملكه، فإذا هلكت هلكت من ماله. أما في فصل الشراء فالدراهم لم تصر مملوكة للمودع، ووجب ردها بعينها؛ لأنها في حكم المغصوبة، فإذا ردها إلى مكانها، فقد أتى بالمستحق عليه، فيبرأ عن الضمان.

١٠٣١٦- في الأصل: إذا كانت الوديعة دراهم، أو دنانير، أو شيء من المكيلات والموزونات، فأنفق المودع طائفة منها في حاجته، كان ضامنًا لما أنفق منها، ولم يصر ضامنًا لما بقي منها، فإن جاء بمثل ما أنفق، وخلط، صار ضامنًا جميع ما أنفق بالإتلاف، وما بقي بالخلط. قالوا: وهذا إذا لم يجعل على ماله علامة حتى خلطه بمال الوديعة، أما إذا جعل، لا يضمن، إلا ما أنفق.

وإن كان قد أخذ بعض الوديعة لينفقه في حاجته، ثم بدا له، ورده في مكانه، فضاع. فلا ضمان عليه.

واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى في تخريج المسألة، بعضهم قالوا: لم يضمن أصلا، وبعضهم قالوا: ضمن، ثم برئ بالرد إلى مكانه، وهو الصحيح، وهذا لأن الدفع بنية الإنفاق أخذ لنفسه سبب الضمان؛ لأنه خلاف، كما لو كان ثوبًا فلبسه، أو كانت دابة فركبها، والدليل على أن الدفع بنية البيع [سبب الضمان حتى لو دفع ليبيع، وباع، وضمن القيمة، نفذ البيع من جهته، وإنما ينفذ البيع إذا استند الملك إلى ما قبل البيع][1]، وإنما يستند الملك إلى ما هو سبب.

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وأثبتناه من ظ وم وف.

الفصل الثامن
فيما إذا كان صاحب الوديعة، أو المستودع غير واحد

١٠٣٦٧ - قال في «الأصل»: رجلان أودعا دراهم، أو دنانير، أو ثياباً، أو دواب، أو عبيداً، فجاء أحدهما، وطلب حصته، والآخر غائب، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: ليس للمودع أن يدفع إليه حصته، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: يدفع إليه حصته، ولا تكون قسمة جائزة على الغائب.

وضع المسألة في الدفع في «الأصل»، وفي «الجامع الصغير» وضعها في الأخذ، فقال: ليس للحاضر أن يأخذ حصته من المودع عند أبي حنيفة، وعندهما له ذلك، فقد جمع في الكتاب بين المكيل والموزون، والعبيد، والثياب، وأجاب عقيب الكل بجواب واحد، فقال: ليس للمودع أن يدفع إلى الحاضر حصته عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما يدفع، فمن مشايخنا من قال: بأن الخلاف في الكل واحد، ألا ترى أن محمداً رحمه الله تعالى لم يفصل في الكتاب بين المكيل والموزون وغيرهما، ومنهم من قال: الخلاف في المكيل والموزون خاصة، فأما في الثياب والعبيد فليس للمودع أن يدفع إلى الحاضر حصته بلا خلاف، وهو الأشبه بالصواب، ولو كان في يد المودعين، وغاب الآخر، لا يكون للحاضر أن يأخذ نصيبه من ذلك بالإجماع، فكذلك إذا كان في يد المودع.

في «المنتقى»: لو دفع المودع إلى الحاضر نصفها، ثم هلك ما بقي، وحضر الغائب، قال أبو يوسف: إن كان الدفع بقضاء، فلا ضمان على أحد، لكون المسألة مجتهداً فيها. وإن كان بغير قضاء، فإن شاء الذي حضر اتبع الدافع بنصف ما دفع، ثم يرجع به الدافع على القابض، وإن شاء أخذ من القابض نصف ما قبض.

١٠٣٦٨ - ولو أراد أحد الرجلين أن يقيم البينة على المودع أن الوديعة كلها له [لا تسمع بينته، وكذلك لو أراد أن يقيم البينة على إقرار صاحبه وقت الإيداع أن الوديعة كلها له، لا تسمع بينته](١).

ولو أن المودع في هذه الصورة ادعى هلاك الوديعة، أو أخذ ظالم منه، فقال أحد المودعين: قد بقي في يدك شيء من الوديعة، كان له أن يحلفه على ذلك بلا خلاف، وأبو

(١) أثبت هذه العبارة من نسخة «ظ».

حنيفة رضي الله تعالى عنه إن كان لا يرى حق استرداد الوديعة لأحدهما، يرى حق الاستحلاف لأحدهما.

١٠٣١٩- في "فتاوى النسفي": إذا كانت الوديعة عند رجلين من ثياب أو غير ذلك، فاقتسماها، وجعل كل واحد منهما نصفًا في بيته، فهلك أحد النصفين، أو كلاهما، فلا ضمان، وإن أودعاهما عند رجل، فهلكت، ضمناها، والحكم في المستبضعين، والوصيين، والعدلين في الرهن هكذا.

وإن ترك أحدهما الوديعة عند صاحبه، إن كان شيئًا لا يحتمل القسمة، لا يضمنان، وإن كان شيئًا يحتمل القسمة، أجمعوا على أن المدفوع إليه لا يضمن، وأما الدافع فقد اختلفوا فيه، فقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: يضمن نصف الوديعة، وقالا: لا يضمن شيئًا.

١٠٣٢٠- وذكر شيخ الإسلام في "شرح كتاب الوديعة" بعد هذه المسألة مسائل فيما إذا كانت الوديعة شيئًا يحتمل القسمة، إذا رضيا أن يكون المال عند أحدهما إلى أن يحضر صاحب المال جاز، ولم يذكر فيها خلافًا، وذكر أيضًا إذا كانت الوديعة شيئًا لا يحتمل القسمة، فإنهما يتنسمان من حيث الضمان[1].

في "المنتقى": رجلان أودعا عند رجل ألف درهم، فقال أحدهما للمودع: ادفع إلى شريكي مائة درهم، فدفعها، وضاعت البقية، قال: ما أخذ فهو من مال الآخر حتى لا يرجع عليه شريكه بشيء، وكذلك إذا قال: ادفع إليه مائتين، أو ما أشبه ذلك ما لم يبلغ إلى النصف.

وكذلك إذا قال: ادفع إليه النصف، فهو من الكل حتى لو ضاع الباقي رجع عليه شريكه بنصف ما أخذ.

ولو قال: ادفع إليه حصته، فدفع، فهو من حصته حتى لو هلك الباقي، لا يرجع شريكه بشيء.

أما إذا قال: ادفع إليه مائة، وما أشبهها؛ فلأن المائة اسم للمفرز والمعين، فقد أمره بإعطاء شيء مفرز إلى صاحبه، والمفرز ليس حق صاحبه، فيتضمن الأمر به أمرًا بإفراز نصيب صاحبه له أخذه، فقد رضي بذلك الإفراز، فتم الإفراز، فصار قابضًا حقه من كل وجه. فأما النصف فهو اسم للشائع، لا اسم المفرز، فقد أمره بإعطاء النصف من النصيبين بشرط أن يسلم له النصف الباقي، ولم يسلم لما ضاع الباقي، فكان له أن يرجع عليه بنصفه.

١٠٣٢١- وفيه أيضًا: رجلان بينهما ألف درهم، وضعاها عند أحد، ثم قال أحدهما

(١) وفي نسخة "م" وحاشية "ظ": من حيث الزوال.

لصاحبه. خذ نصيبك منها، فأخذ رضا فضاع النصف الباقي، فالنصف الذي أخذه صاحبه يكون بينهما، قال: لأنه لا يكون مقاسما لنفسه. قال: وإن كان ضاع النصف الذي أخذه، سلم الباقي للشريك، قال: لأنه احتبس عند الآخذ مالية النصف على وجه لا يمكن رده، فهو بمنزلة من لو أكل النصف، وهناك يضمن النصف كذا هنا. والله أعلم.

الفصل التاسع
في الاختلاف الواقع في الوديعة والشهادة فيها

١٠٣٢٢ - في المنتقى: بشر عن أبي يوسف: رجل ادعى على رجل وديعة، وجحدها المودع، وأقام المدعي بينة على دعواه، وأقام المودع بينة على المدعي أنه قال: ما لي على فلان شيء، قال: إن كان يدعي الوديعة بعينها أي الوديعة قائمة بعينها عند المودع، فهذه البراءة لا تبطل حقه؛ لأنها ما دامت عنده، فليس له عليه، إنما له عنده.

١٠٣٢٣ - وفيه أيضاً: رجل قال: لفلان عندي ألف درهم وديعة [ثم قال بعد ذلك: قد ضاعت قبل إقراري، فهو ضامن. ولو قال: كانت له عندي ألف درهم وديعة](١)، وقد ضاعت، ووصل الكلام صدقته استحساناً، وصار تقدير هذه المسألة كانت له عندي ألف درهم، وضاعت.

١٠٣٢٤ - وإذا قال المودع: ذهبت الوديعة، ولا أدري كيف ذهبت؟ كان القول قوله مع اليمين، ولا ضمان عليه؛ لأنه أمين أخبر بأمر محتمل، فكذا إذا قال: ذهبت، ولا أدري كيف ذهبت؛ لأنه عسى أن يذهب على وجه لا يعلم كيفيته، بأن يذهب وهو نائم، أو غائب.

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرح كتاب الوديعة: واختلف المتأخرون فيما إذا قال ابتداء: لا أدري كيف ذهبت؟ فمنهم من قال: هو ضامن؛ لأنه جهلها بما قال، بخلاف ما إذا قال: ذهبت، ولا أدري كيف ذهبت؛ لأن بقوله: ذهبت يخبر هلاكها، وبهذا القدر يكفيه، ولا يضره بعد ذلك: ولا أدري كيف ذهبت.

ومنهم من قال: لا يضمن، وهو الأصح؛ لأن أصل الذهاب معلوم من هذا اللفظ لا محالة، وإنما التجهيل في كيفية الذهاب، والإخبار بأصل الذهاب يكفي في البراءة عن الضمان.

١٠٣٢٥ - في النوازل: إذا قال المودع: ذهبت الوديعة من منزلي، ولم يذهب شيء من مالي، قبل قوله مع اليمين؛ لأنه أمين أخبر عما يتصور، فيصدق مع اليمين.

١٠٣٢٦ - إذا أقام رب الوديعة البينة على الإيداع بعدما جحد المودع، وأقام المودع بينة على الضياع، فهذه المسألة على وجهين: الأول: أن يجحد المودع الإيداع، بأن يقول

(١) أثبتت هذه العبارة من نسخة ط.

للمودع. ثم تودعني، وفي هذا الوجه المودع ضامن، وبينته على الضياع مردودة، سواء شهد الشهود على الضياع قبل الجحود أو بعد الجحود، أما إذا شهدوا بالهلاك بعد الجحود؛ لأن بالجحود صار المودع ضامنًا، وهلاك المضمون في يد الضامن يقرر الضمان، إلا أن يسقطه، وأما إذا شهدوا على الهلاك قبل الجحود؛ فلأن البينة إنما تقبل بعد دعوى صحيحة، ودعوى الهلاك من المودع بعد ما أنكر أصل الإيداع لا يصح، لمكان التناقض.

الوجه الثاني: أن لا يجحد الإيداع، وإنما يجحد الوديعة، بأن قال: ليس لك عندي وديعة، ثم أقام البينة على الضياع، فإن أقام بينة على الضياع بعد الجحود، فهو ضامن؛ لأن بهذه البينة يثبت هلاك المضمون، وإن أقام بينة على الضياع قبل الجحود، فلا ضمان؛ لأن بهذه البينة يثبت هلاك الأمانة. وإن أقام بينة على الضياع مطلقًا، ولم يتعرضوا لا لما قبل الجحود ولا لما بعد الجحود فهو ضامن؛ لأنه يحتمل الهلاك بعد الجحود، وعلى هذا التقدير لا يسقط الضمان، فلا يسقط الضمان بالشك.

١٠٢٢٧- وفي «القدوري»: إذا قال المودع للقاضي: حلف المودع ما هلكت قبل الجحود، حلفه القاضي؛ لأنه يدعي عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر، يستحلف رجاء النكول الذي هو إقرار، ويحلفه على العلم؛ لأن هذا تحليف على أمر وقع في يد الغير.

إذا قال المودع: قد أعطيتكها، ثم قال بعد ذلك: لم أعطكها، ولكنها ضاعت، فهو ضامن، ولا يصدق فيما قال، أما لأنه لما قال: أعطيتكها، فقد أقر أنه ليس عنده وديعة، فإذا قال بعد ذلك: هلكت عندي، فقد أقر أنه كان عنده وديعة حين قال: ليست عندي، فيثبت جحوده بالكلام الثاني، وأنه سبب ضمان؛ أو لأنه تكلم بكلامين، لا يمكن الجمع بينهما، فيناقض كل واحد منهما بصاحبه، فبقي ساكتًا ممتنعًا من الرد بعد الطلب، وإنه سبب الضمان، وعلى هذا إذا ادعى الهلاك أولًا، ثم قال: قد كنت رددتها عليك، لا يصدق، وهو ضامن لما ذكرنا من المعنى الثاني.

١٠٢٢٨- وفي «المنتقى»: رجل أودع عند رجل وديعة، فقال المودع: ضاعت منذ عشرة أيام، وأقام صاحب الوديعة بينة أنها كانت في يده منذ يومين، فقال المودع: وجدتها فضاعت منه، قبل ذلك.

١٠٢٢٩- رجل قال لغيره: قد كنت أودعتني ألف درهم، فضاعت، وقال ذلك الغير: كذبت، ما استودعتك، إنما غصبتها، أو قال: أخذتها بغير أمري، فلا ضمان عليه، والقول قول صاحب اليد، ومدعي الوديعة ضامن

والفرق أن في المسألة الثانية أقر بسبب الضمان، وهو الأخذ، ثم ادعى ما يبرئه، فلا يصدق في دعواه[1]، كما لو قال لغيره: أكلت مالك بإذنك وقال صاحب المال: لا، بل أكلته بغير إذني. أما في المسألة الأولى، فما أقر بالأخذ؛ لأن الإيداع بدون الأخذ متصور بأن يضع المال بين يديه، ويقول: احفظ.

١٠٢٣٠ - ولو قال صاحب المال: أقرضتكها، وقال ذلك الرجل: لا، بل أخذتها وديعة، فالقول قول مدعي الوديعة؛ لأنهما اتفقا على أن الأخذ كان بإذن المالك، والأخذ بإذن المالك لا يكون سبب ضمان إلا باعتبار عقد ضمان، والمالك يدعي عقد الضمان، ومدعي الوديعة ينكر ذلك، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن هناك ما اتفقا أن الأخذ كان بإذن المالك.

١٠٢٣١ - رجل له عند رجل ألف درهم وديعة، وله على المودع ألف درهم دين، فدفع المودع إليه ألف درهم، ثم اختلفا بعد ذلك بأيام، فقال رب المال: أخذت الوديعة، والدين عليك على حاله، وقال المودع: بل أعطيتك القرض، وقد ضاعت الوديعة، فالقول قول المودع؛ لأنه لا عبرة لاختلافهما في الألف المردودة، لأنها وصلت إلى المالك أي شيء كانت، وإنما اختلافهما في الألف الهالكة، فالمالك يدعي فيها الأخذ قرضاً، والمدعى عليه يدعي الأخذ وديعة، وفي هذا القول قول مدعي الوديعة، فافهم.

١٠٢٣٢ - رجل أودع رجلاً وديعة، فغاب رب الوديعة، ثم قدم، وطلب الوديعة، فقال المودع: أمرتني أن أنفقها على أهلك وولدك، وقد أنفقتها عليهم، ورب الوديعة يقول: لم آمرك بذلك، فالقول قول رب الوديعة، والمودع ضامن؛ لأنه أقر بسبب الضمان، وادعى ما يبرئه، فلا يصدق في دعواه إلا بحجة.

وهذه المسألة دليل على أن من كان له عند آخر ألف درهم وديعة، وعلى رب الوديعة دين ألف درهم، فدفع المودع الألف إلى صاحب الدين بغير أمر صاحب الوديعة أنه يضمن، وإن كان الدين ظاهراً، والوديعة من جنس الدين. وهذا فصل اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، كان الحاكم الإمام أبو إسحاق الترمذي يقول: لا يضمن، وغيره من المشايخ كانوا يقولون بالضمان، وهذه المسألة دليل على الضمان؛ لأن نفقة الأهل تصير ديناً بقضاء القاضي، وقد أوجب محمد رحمه الله تعالى الضمان على المودع بلا تفصيل.

١٠٢٣٣ - إذا مات صاحب الوديعة، فالورثة خصماء للمودع في دعوى الوديعة،

(١) وفي م: فلا ضمان في دعواه.

ويجبر المودَع على دفعها إلى الورثة. فرّق بين هذا، وبين العبد إذا أودع، وغاب لا يكون للمولى أن يأخذ حتى يحضر العبد إلا إذا علم أن الوديعة من أملاك المولى، أو من اكتساب العبد.

١٠٢٣٤ - وإذا قال رب الوديعة: أودعتك عبداً وأمة، وقال المودَع: ما أودعتك إلا أمة، وقد هلكت. فأقام رب الوديعة بينة على ما ادعى، ضمن المستودع قيمة العبد.

قال شيخ الإسلام: إنما يقبل القاضي شهادتهم، ويقضي بقيمة العبد إذا وصفوا العبد، وبيّنوا للقاضي؛ والقاضي يعرف مقدار قيمة مثل ذلك العبد، وإن لم يعرف سأل المدعي حتى يقيم بينة على مقدار قيمة العبد.

وأما إذا لم يصفوا العبد، وإنما شهدوا أنه أودعه عبداً، فالقاضي لا يقبل شهادتهم؛ لأنهم شهدوا بمجهول، لا يمكن القضاء به.

١٠٢٣٥ - وعلى قياس ما ذكرنا في كتاب الغصب: أن المدعي إذا أقام بينة أنه غصب منه جارية تقبل هذه البينة، ويثبت الغصب بها في حق الحبس لا في حق القضاء بالجارية ينبغي أن تقبل هذه البينة، ويثبت الغصب في حق الحبس، لا في حق القضاء بالعبد.

قال صدر الشهيد: ويجوز أن لا تقبل البينة هنا أصلاً، وسيظهر الفرق بين المسألتين بالتأمل -والله أعلم-.

الفصل العاشر
في المتفرقات

١٠٣٣٦- إذا هلكت الوديعة في يد المودع، يستوي فيه الهلاك بأمر يمكن التحرز عنه، وبأمر لا يمكن التحرز عنه؛ لأن الهلاك بأمر يمكن التحرز عنه بمعنى العيب في الحفظ، وصفة السلامة عن العيب إنما تصير مستحقة في المعاوضات دون التبرع، والمودع متبرع.

١٠٣٣٧- وإذا كانت الوديعة دراهم فاختلطت بدراهم المودع على وجه يتيسر التمييز، لا يصير المخلوط مشتركاً بينهما، وإن اختلطت على وجه تعذر التمييز، أو كان الخلط على وجه يتعسر التمييز بأن خلط حنطة الوديعة بشعير المودع، صار الخالط ضامناً، وحكم المخلوط مر في كتاب الغصب، فإن لم يظفر بالخالط، فقال أحدهما: أنا آخذ المخلوط وأغرم لصاحبي مثل ما كان له، ورضي به صاحبه، جاز؛ لأن صاحبه لما رضي به صار بائعاً نصيبه منه، وهو قادر على تسليمه، فيجوز، بخلاف ما لو باع من غيره.

وإن اتفقا على البيع باع المخلوط، ويقسم الثمن بينهما على قيمة الحنطة والشعير إلا أن صاحب الحنطة يضرب بحنطة مخلوطة بالشعير، وصاحب الشعير يضرب بشعير غير مخلوط بالحنطة، وإن لم يتفقا على شيء، فالخيار لصاحب الكثير، وإن كان الشعير أكثر فالخيار لصاحب الشعير، يأخذ المخلوط، ويضمن لصاحب الحنطة قيمة حنطة مخلوطة بالشعير، وإن كانت الحنطة أكثر، فالخيار لصاحب الحنطة.

١٠٣٣٨- في «المنتقى»: عن أبي يوسف رواية ابن سماعة في رجل عنده ألف درهم وديعة لرجل، ثم أقرضه إياها، أو قال: هي قرض عليك، فلم يكن للمودع على صاحب الألف ألف درهم، فلم يرجع إلى منزله ليقبضها حتى ذهبت، فهي من مال المودع ما لم يقبضها.

أصل هذه المسألة أن قبض الوديعة لا ينوب عن قبض الضمان، والقبض بجهة القرض وجهة الاقتضاء قبض ضمان.

١٠٣٣٩- استهلك الوديعة أجنبي، كان للمودع أن يخاصم المستهلك في القيمة، ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرح كتاب الوكالة في باب الوكالة بقبض الوديعة والعارية.

١٠٣٤٠ – رجل أودع رجلاً صك ضيعة، والصك ليس للمودع، ثم جاء من كان الصك باسمه، وادعى تلك الضيعة، والشهود الذين بذلوا خطوطهم أبوا الشهادة حتى يروا خطوطهم في الصك، فالقاضي يأمر المودع حتى يرى الصك من الشهود ليروا خطوطهم، ولا يدفع الصك إلى المودع، هكذا حكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله، وعليه الفتوى.

ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى في أول شرح الشفعة: رجل أجلس عبده في حانوته، وفي الحانوت ودائع، فسرقت الودائع، ثم وجد المولى بعضها في يد عبده، وقد أتلف البعض، فباع المولى العبد، فإذا كان للمودع بينة على ذلك، فهو بالخيار، إن شاء أجاز البيع، وأخذ الثمن، وإن شاء نقض البيع، وباعه في دينه؛ لأنه ظهر أن المولى باع المديون. وإن لم يكن له بينة، فله أن يحلف مولاه على علمه، فإن حلف لم يثبت، وإن نكل، فهذا على وجهين: إن أقر المشتري بذلك، فهذا وما لو ثبت بالبينة سواء، وإن أنكر ليس له أن ينقض البيع، بل يأخذ الثمن من المولى؛ لأن الدين ظهر في حق المولى، أما ما ظهر في حق المشتري.

١٠٣٤١ – في فتاوى أبي الليث: رجل استودع رجلاً ألف درهم، ثم غاب رب الوديعة، ولا يدري أحي هو أم ميت؟ فعليه أن يمسكها حتى يعلم موته، ولا يتصدق بها بخلاف اللقطة.

١٠٣٤٢ – إذا كانت الوديعة إبلاً، أو بقراً، أو غنماً، وصاحبها غائب، فأنفق عليها المودع بغير أمر القاضي فهو متطوع؛ لأنه أنفق على دابة الغير بغير أمره، أو بغير أمر من يلي عليه، [وإن رفع الأمر إلى القاضي][1] سأله القاضي البينة على كون العين وديعة عنده، وعلى كون المالك[2] غائباً، فإذا أقام بينة على ذلك، إن كانت الوديعة شيئاً يمكن أن يؤاجر وينفق عليه من غلتها، أمره القاضي بذلك، وإن كانت الوديعة شيئاً لا يمكن أن يؤاجر، فالقاضي يأمره بأن ينفق عليه من ماله يوماً، أو يومين، أو ثلاثة أيام، إن يحضر المالك، ولا يأمره بالإنفاق زيادة على ذلك، بل يأمره بالبيع وإمساك الثمن، والحاصل: أن القاضي يفعل بالوديعة ما هو أصلح وأنظر في حق صاحبها.

١٠٣٤٣ – وإن كان القاضي أمره بالبيع في أول المرحلة، كان حسناً، وما أنفق المودع على الوديعة بأمر القاضي، فهو دين على صاحبها، يرجع به عليه إذا حضر، غير أن في الدابة يرجع بقدر قيمة الدابة، وفي العبد يرجع بالزيادة على ثمنه؛ لأن الإنفاق على العبد كان لحق

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفي ف: وعلى كون رب المال.

فالخمسة التي هلكت نصفها أمانة، ونصفها مضمونة، فيجب ضمان نصفها، وذلك درهمان ونصف، والخمسة التي استهلكها كلها صارت مضمونة بالاستهلاك، فيضمن سبعة دراهم ونصفاً لهذا.

ولو قال: ثلاثة دراهم من هذه العشرة لك، والسبعة الباقية سلمها إلى فلان، فهلكت الدراهم في الطريق، يضمن الثلاثة؛ لأنها كانت هبة فاسدة. ولو كان ذلك وصية من الميت، لم يضمن شيئاً؛ لأن وصية المشاع جائزة، ولا يضمن السبعة في المسألتين جميعاً.

١٠٣٤٦ - في «المنتقى»: إبراهيم بن رستم عن محمد رحمه الله تعالى: رجل له على رجل مائة درهم، فدفع المطلوب إلى الطالب مائتي درهم، وقال: هذا مالك، فخذها، فأخذها، فضاعت، والآخذ لا يعلم كم هي؟ قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: لا شيء عليه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: عليه مائة درهم، فالكلام لأبي حنيفة رحمه الله تعالى ظاهر، أما الكلام لهما، أن إحدى المائتين مقبوضة بجهة اقتضاء الدين، والمقبوض بجهة الشيء ملحق بحقيقة ذلك الشيء، عرف ذلك في موضعه، والمقبوض بحقيقة الاقتضاء مضمون لما عرف أن الديون تقضى بأمثالها، فكذا المقبوض بجهة اقتضاء الدين.

١٠٣٤٧ - وذكر بعد هذه المسألة مسألة: هشام عن محمد رحمه الله تعالى: رجل له على رجل ألف درهم دين، أعطاه ألفين، وقال: ألف منها قضاء من حقك، وألف تكون وديعة، فقبضها، وضاعت، وقال: هو قابض حقه، ولا يضمن شيئاً؛ لأن في هذه الصورة المقبوض بجهة الاقتضاء حصل بقدر الألف لا غير.

١٠٣٤٨ - وفيه أيضاً: رجل له على رجل ألف درهم، فقال: ابعث بها مع فلان، فضاعت من يد الرسول، ضاعت من مال المديون، وهذا بناء على أن يد الرسول يد مديون[1]؛ لأن اختيار الرسول إليه؛ لأنه يبعث مال نفسه، ويقول رب الدين: ابعث بها على يدي فلان، لا يلزمه البعث على يده، فهو معنى قولنا: إن يد الرسول يد مديون، فلهذا كان الهلاك على المديون.

(١) وفي نسخة بغداد: لأن يد الرسول يد مضمون.

١٠٣٤٩ - في فتاوى النسفي[1]: أمة اشترت شيئاً من مال اكتسبته في بيت المولى، وأودعته عند رجل، فهلكت في يده، فللمولى أن يضمن المودع؛ لأنه مال المولى أودعته بغير إذن مولى، فكان المودع مودع الغاصب، فيضمن - والله أعلم -.

(١) وفي نسخة بغداد: وفي فتاوى أبي الليث.

كتاب العارية

هذا الكتاب يشتمل على تسعة فصول:

الفصل الأول: في بيان شرائط جواز العارية وبيان نوعها وصفتها.

الفصل الثاني: في الألفاظ التي تنعقد بها العارية.

الفصل الثالث: في التصرفات التي يملك المستعير في المستعار، والتي لا يملك.

الفصل الرابع: في خلاف المستعير.

الفصل الخامس: في تضييع العارية، وما يضمنه المستعير، وما لا يضمنه.

الفصل السادس: في رد العارية.

الفصل السابع: في استرداد العارية، وما يمنع من استردادها.

الفصل الثامن: في الاختلاف الواقع في هذا الباب.

الفصل التاسع: في المتفرقات.

الفصل الأول

في بيان شرائط جواز العارية، وبيان نوعها، وصفتها

١٠٣٥٠ - وأما بيان شرائطها فنقول: شرط جواز الإعارة كون العين قابلاً للانتفاع به مع بقاء العين، وكونه قابلاً لتمليك منافعه بعوض بعقد الإجارة، حتى كان إعارة الدراهم والدنانير والفلوس قرضاً؛ لأنه لا يمكن الانتفاع بهذه الأشياء مع بقاء العين، فتعذر العمل بحقيقة الإعارة في هذه الأشياء؛ لأن الإعارة شرعت لتمليك المنفعة مع بقاء العين على ملكه، فيجعل كناية عن عقد آخر، وأمكن جعله كناية عن القرض؛ لأن العارية متى تحققت، كان من حكمها رد العين، والقرض يوجب أداء المثل قائماً مقام العين.

وهذا إذا حصل إعارة الدراهم والدنانير مطلقة، أما إذا عين في الإعارة انتفاعاً يتأتى مع بقاء العين، لا يكون قرضاً، بل يكون عارية، وذلك نحو أن يعير من غيره دراهم ليتجمل بها في حانوته أو ليعير بها صاحبه، ذكر هذه الزيادة شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرح كتاب العارية.

ويجب أن يكون الحكم في إعارة جميع ما يكال أو يوزن هكذا، قال الفقيه أبو بكر فيمن قال لآخر: أعرتك هذه القصعة من الثريد، فأخذها وأكلها، فعليه مثلها أو قيمتها، بناء على ما قلنا: إن إعارة ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء العين قرض، قال الفقيه أبو الليث: الجواب هكذا إذا لم يكن بينهما مباسطة، أو دلالة الإباحة ونحوها.

١٠٣٥١ - وفي النوازل: إذا استعار من آخر قطعة يرقع بها قميصه، أو خشبة يدخلها في بنائه، أو آجرة، فهو ضامن؛ لأن هذا ليس بعارية، بل هو قرض، هذا إذا لم يقل: لأردها عليك، أما إذا قال: لأردها عليك، فهو عارية.

١٠٣٥٢ - وتصح الإعارة من غير بيان الوقت، والمكان، وما يحمل على الدابة؛ لأن جهالة هذه الأشياء في الإعارة لا تفضي إلى منازعة مانعة من التسليم؛ لأنها لا توجب التسليم، وعند ذلك للمستعير أن ينتفع بالدابة من حيث الحمل والركوب، كما ينتفع بدابة نفسه في نفي المدة وتعميمه.

١٠٣٥٣ - وأما بيان نوعها: فهو نوعان: مطلقة، وموقتة، نحو أن يقول في الإعارة: شهراً، أو يقول: إلى مكان كذا، أو يقول: ليحمل عليها كذا، فمتى كانت مطلقة يجب

يجري على إطلاقها، وفيما إذا كانت مقيدة، يجب رعاية القيد فيه كما في نصوص الشرع؛
فإنها فيما أطلقت، مجراه على إطلاقها، وفيما قيدت تجب رعاية القيد فيه.

١٠٣٥٤ — وأما بيان صفتها: فنقول: صفتها أنها غير لازمة، وللمعير أن يرجع فيها متى
شاء؛ لأن الإعارة تبرع بالمنفعة، فلا تكون لازمة قبل قبضها، كالتبرع بالعين، وما لم يستوف
من المنفعة في المستقبل لم يتصل بها القبض، ومن صفتها أنها ترتفع بجحود المستعير، وتبطل بموت
أحدهما، أيهما مات.

الفصل الثاني
في بيان الألفاظ التي تنعقد بها العارية

١٠٣٥٥ – العارية تنعقد بلفظ التمليك ، حتى إن من قال لغيره : ملكتك منفعة داري هذه شهراً ، أو قال : جعلت لك سكنى داري هذه شهراً ، كان عارية ، وكذلك إذا قال : داري لك سكنى ، كانت عارية ؛ لأن قوله : لك ، يحتمل تمليك العين ، وتمليك المنفعة ، وقوله : سكنى ، يكون تفسيراً لذلك المحتمل ، وكذلك إذا قال : عمري سكنى ، كانت عارية لما قلنا .

١٠٣٥٦ – وإذا استعار من آخر أرضاً على أن يبني فيها ، ويسكنها ما بدا له ، فإذا خرج فالبناء لرب الأرض ، فهذا لا يكون عارية ، بل يكون إجارة فاسدة ، وهذا لأن الإعارة تمليك المنافع بغير عوض ، ولما شرط البناء لرب الأرض فقد شرط العوض . وهذا هو معنى الإجارة ، والعبرة للمعاني دون الألفاظ ، ألا ترى أن من قال لغيره . وهبتك هذه الدار بألف درهم كان بيعاً . واعتبر المعنى دون اللفظ .

ربط الدابة في الدار المستعارة؛ لأن ذلك من جملة السكنى، فيملكه المستعير كالمستأجر.

١٠٣٦٩ - ذكر صدر الشهيد في الباب الأول من واقعاته: أن من أعار رجلا شيئا، وقال له: أن لا تدفع إلى غيرك، فدفع، فهلك عنده، فهو ضامن؛ لأنه دفع بغير إذنه. هكذا قال أبو جعفر. قال الصدر الشهيد: مراده من هذه المسألة ما لا يختلف الناس في الانتفاع به، أما المال الذي يختلف الناس في الانتفاع به، يضمن بالدفع إلى غيره، وإن لم يقل له المالك: لا تدفع إلى غيرك. وما ذكره الصدر الشهيد رحمه الله تعالى مستقيم فيما إذا كانت الإعارة مقيدة بشرط على المستعير أن ينتفع بنفسه، أما إذا كانت الإعارة مطلقة، لا يضمن المستعير بالدفع إلى غيره، إذا لم يقل له المالك: لا تدفع إلى غيرك، وإن كان مما لا يختلف الناس في الانتفاع به، وقد ذكرنا ذلك في أول هذا الفصل. والله أعلم.

الفصل الرابع
في اختلاف المستعير

١٠٣٦٠ - استعار من آخر دابة ليحمل عليها شيئًا، فحمل عليها غير ذلك، فهذه المسألة على أربعة أوجه. الأول: أن يحمل عليها غير ما سماه المالك، إلا أنه مثل ما سماه المالك في الضرر على الدابة من جنسه، بأن استعاره ليحمل عشرة مخاتيم من هذه الحنطة، فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة أخرى، أو ليحمل عليها حنطة نفسه، فحمل عليها حنطة غيره، وفي هذا الوجه لا ضمان عليه؛ لأن هذا التقييد لم يعتبر؛ إذ لا فائدة فيه.

الثاني: إذا خالف في الجنس، بأن استعار ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة، فحمل عليها عشرة أقفزة شعير، فهلكت، لا ضمان عليه استحسانًا؛ لأن هذا أقل ضررًا بالدابة، فأما إذا حمل عليها أكثر من عشرة مخاتيم من الشعير، إلا أنه في الوزن مثل الحنطة، ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى: أنه يضمن مطلقًا، وذكر شيخ الإسلام الزاهد: أنه لا يضمن استحسانًا، وهو الأصح؛ لأن ضرر الشعير مثل ضرر الحنطة في حق الدابة عند استوائهما وزنًا؛ لأنه لا يأخذ من موضع الحمل من الدابة أكثر مما يأخذه الحنطة، فصار ذلك داخلاً في الإذن.

الثالث: إذا خالف إلى ما هو أضر بالدابة، بأن استعار ليحمل عليها حنطة، فحمل عليها آجرًا، أو حديدًا، أو لبنًا، مثل وزن الحنطة، فهو ضامن؛ لأن هذا يأخذ من ظهر الدابة أقل، فكان أدق على الدابة، فيكون أضر بالدابة، وكذلك إذا حمل عليها في هذه الصورة قطنًا، أو تبنًا، أو حطبًا، أو تمرًا؛ لأن هذا يأخذ ما وراء موضع الحمل، وذلك أضعف، فيكون أضر بالدابة.

الرابع: أن يخالف في القدر، بأن استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فحمل عليها خمسة عشر مختومًا، فهلكت الدابة، وفي هذا الوجه يضمن ثلث قيمتها. وهذا بخلاف ما لو استعار بعيرًا ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة، فطحن إحدى عشر، حيث يضمن جميع قيمة الدابة، وموضع الفرق أول كتاب العارية في شرح شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى، وهذا إذا كانت الدابة تطيق خمس عشر مختومًا، وإن كانت لا تطيق يصير متلفًا لها، فيضمن جميع قيمة الدابة.

أخذ المستعير إلى مكان آخر، ضمن، وإن كان في المسافة مثل الطريق المشروطة، لأن الطريق متفاوتة في السهولة والصعوبة، والخشونة واللين، فصار خلافًا إلى شر.

١٠٣٦١- استعار دابة ليركبها هو، فحمل عليها مع نفسه رجلًا، وهلكت الدابة، ضمن النصف، ولا يعتبر الثقل والخفة، كما لا يعتبر في حق الآدمي، قالوا: وهذا إذا كانت الدابة تطيق حمل رجلين، فأما إذا كانت الدابة لا تطيق حمل رجلين، ضمن الكل.

١٠٣٦٢- إذا استعار من آخر دابة ليركبها إلى مكان معلوم، فأخذ بها في طريق آخر، فعطبت، هل يضمن؟ فهذا على وجهين: إن ذهب بها إلى ذلك المكان في طريق لا يسلكه الناس، فهو ضامن، وإن كان طريقًا مسلوكًا: لا يضمن، وذلك لأنه لما استعارها إلى الذهاب إلى المكان المسمى، ولا يمكنه الذهاب إليه إلا بطريق لا بد من إدخال الطريق تحت الإذن، فأدخلنا تحت الإذن الطريق المسلوك باعتبار العرف والعادة، لا غير المسلوك، وإذا دخل تحته المسلوك صار كأنه نص على ذلك، فقال: اذهب إلى مكان كذا في طريق يسلكه الناس، ولو نص على هذا إذا ذهب بها في طريق لا يسلكه الناس، يصير ضامنًا، وإذا ذهب في طريق يسلكه الناس، لا يضمن، فكذا هذا.

وفي "فتاوى شمس الإسلام محمود الأوزجندي رحمه الله تعالى": إذا سلك طريقًا ليس هو طريق الجادة، وهو الذي يقال له بالفارسية: نو ره[1] يضمن.

١٠٣٦٣- إن استعارها ليركبها في حاجة مسماة إلى ناحية من نواحي الكوفة، وأخرجها إلى الفرات ليسقيها، والناحية التي استعارها إليها من غير ذلك المكان، فهلكت، فهو ضامن لها؛ لأنه أخرجها إلى ناحية لم يؤذن له في الإخراج إليها أصلًا من غير ضرورة؛ لأنه يمكنه سقيها بالإخراج في الناحية التي أذن له بالسلوك فيها، فيصير متعديًا ضامنًا.

١٠٣٦٤- استعار من آخر ثورًا ليكرب أرضه، وعين الأرض، فكرب أرضًا غير تلك الأرض، وعطب الثور، فهو ضامن؛ لأنه خالف شرطًا مفيدًا؛ لأن الأراضي يتفاوت كرابها من حيث الصعوبة والسهولة تفاوتًا فاحشًا.

١٠٣٦٥- وإذا استعار دابة إلى مكان مسمى، فجاوز المستعير ذلك المكان، ثم عاد إليه، فهو ضامن بها، حتى يردها على المالك. قيل: هذا إذا استعارها إلى ذلك المكان ذاهبًا، لا جائيًا، وأما إذا استعارها ذاهبًا وجائيًا، فإذا عاد إلى ذلك المكان المسمى، يبرأ عن الضمان، وهذا لأنه إذا استعار دابة ذاهبًا لا جائيًا، فإذا بلغ ذلك المكان، انتهى العقد، فإذا

(١) تصحيف من غابت زراه، ومعناها كناية عن طريق غير معبدة (فرهنگ عميد: حرف ت)

جاوزه، دخل العين في ضمانه، فإذا عاد إليه، فقد عاد إلى الوفاق، والعقد ليس بباقٍ، فلا يبرأ عن الضمان، ألا ترى أن المودع إذا خالف، ثم عاد إلى الوفاق، والعقد منتهٍ، بأن كان موقتًا، لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك؟ فكذا ههنا.

١٠٣٦٦ - وأما إذا استعار ذاهبًا وجائيًا، فإذا عاد إلى ذلك المكان، فقد عاد إلى الوفاق، والعقد باقٍ، فيبرأ عن الضمان، كالمودع إذا عاد إلى الوفاق والعقد باقٍ.

فهذا القائل يسوي بين المودع وبين المستعير، وبين المستأجر إذا خالف، ثم عاد إلى الوفاق، ويقول ببراءة الكل عن الضمان.

من المشايخ رحمهم الله تعالى من قال في مسألة العارية: لا يبرأ عن الضمان ما لم يردها إلى المالك، سواء استعارها ذاهبًا أو جائيًا، أو ذاهبًا لا جائيًا. وهذا القائل يقول: بأن المستعير والمستأجر إذا خالفا، ثم عادا إلى الوفاق، لا يبرأ عن الضمان، بخلاف المودع إذا خالف، ثم عاد إلى الوفاق، والقول الأول أشبه، والتفصيل الذي ذكرنا في مسألة العارية مذكور في الشروط والنوادر، وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى في عارية "الأصل"، وبه أخذ شيخ الإسلام المعروف بـ خواهر زاده رحمه الله تعالى - والله أعلم بالصواب -.

تمشي، فزلقت رجلها، فخرقت السراويل لا ضمان عليها؛ لأنه لا صنع لها.

١٠٣٧٢- وفيه أيضًا: رجل استعار ثورًا من رجل، على أن يعيره ثورًا يومًا، ثم جاء ليستعير ثوره، وكان الرجل غائبًا، فاستعار من امرأته، فدفعته إليه، فذهب به إلى أرضه فضاع ضمن؛ لأنه قبض بغير إذن المالك.

١٠٣٧٣- وفي "فتاوي أبي الليث رحمه الله تعالى": رجل استعار من رجل بقرًا فاستعمله، ثم تركه في المرج، فضاع، وهذا على وجهين: إما إن علم أن المعير يرضى بكونه فيها، يرعى وحده كما هو عادة بعض أهل الرساتيق، أو لم يعلم ذلك منه بأن كانت العادة مشتركة، ففي الوجه الأول لا يضمن، لأنه تركه في المرج بإذنه، وفي الوجه الثاني يضمن؛ لأنه تركه بغير إذنه.

١٠٣٧٤- وفيه أيضًا: رجل طلب من رجل ثورًا عارية، فقال له المعير: أعطيك غدًا، فلما كان الغد، أخذ المستعير الثور بغير إذنه، واستعمله، ومات في يد المستعير ضمن؛ لأنه أخذه بغير إذنه، لو رده فمات عنده لا ضمان عليه؛ لأنه بالرد برئ عن ضمانه، وفي "مجموع النوازل": أنه لا ضمان على المستعير، وإن مات في يده قبل الرد على المالك.

١٠٣٧٥- دخل الحمام، واستعمل القصاع، فوقعت من يده، وانكسرت، فلا ضمان [وكذا إذا أخذ كوز الفقاع ليشربه، فسقط وانكسر، فلا ضمان][1]؛ لأنه عارية في يده، ولم يوجد منه التعدي.

١٠٣٧٦- وفي "فتاوي أهل سمرقند": امرأة أعارت شيئًا بغير إذن الزوج، إن أعارت من متاع البيت ما يكون في أيديهن عادة، فلا ضمان؛ لأنها أعارت بإذن الزوج.

وفي "الأصل": إذا كانت العارية مؤقتة بوقت، فأمسكها بعد الوقت، فهو ضامن لها. ومن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: هذا إذا انتفع به بعد مضي الوقت، فأما إذا لم ينتفع به، فلا ضمان. ومنهم من قال: يضمن على كل حال. وفرق هذا القائل بين العارية والوديعة، فإن الوديعة إذا كانت موقتة بوقت، وأمسكها المودع بعد مضي الوقت، وهلكت في يده، لا يضمن ما لم ينتفع به، وكذلك المستأجر إذا أمسك المستأجر بعد مضي المدة، لا يضمن ما لم ينتفع به.

والفرق أن الرد على المستعير، فكأنه قال له صاحب العارية: ردها علي بعد مضي اليوم، فإذا لم يرد، صار مانعًا العارية بعد الطلب، فصار ضامنًا، بخلاف المودع والمستأجر.

(١) اثبت هذه العبارة من ظ.

ويستوي فيه أن تكون العارية مؤقتة نصًا أو دلالة، حتى قيل: إن من استعار من آخر قدومًا ليكسر به حطبًا، فكسر الحطب، وأمسكه حتى هلك، ضمن.

١٠٣٧٧- إذا ربط المستعير الحمار في شجر بالحبل الذي عليه، فوقع الحبل في عنقه، ومات، لا يضمن المستعير، هكذا حكى فتوى شمس الإسلام محمود الأوزجندي رحمه الله تعالى.

١٠٣٧٨- رجل استعار من رجل دابة، فنام المستعير في المفازة، ومقودها في يده، فجاء إنسان، وقطع المقود، وذهب بالدابة، لا ضمان عليه. ولو أن سارقًا مدّ المقود من يده، وأخذ الدابة، وهو لم يشعر بذلك ضمن؛ لأن في الوجه الأول غير مضيع، وفي الوجه الثاني مضيع. فإذا نام بحيث أمكن نزع المقود من يده، هكذا ذكر في «فتاوى أبي الليث». قال الصدر الشهيد في «واقعاته»: ويجب أن يكون تأويله إذا نام مضطجعًا، أما إذا نام جالسًا فلا؛ لأنه لو نام جالسًا، والمقود ليس في يده، لا يعد مضيعًا، فإنه نص محمد رحمه الله أن المودع إذا نام جالسًا، فسرقت الوديعة، لا ضمان عليه، والمودع والمستعير في هذا الأمر سواء، نص على التسوية شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في كتاب السرقة قالوا: وإنما يجب الضمان في النوم مضطجعًا إذا كان في الحضر، أما إذا كان في السفر فلا.

وعلى هذا إذا وضع بين يديه، ونام قاعدًا، لا ضمان عليه، وإن نام مضطجعًا، يضمن إذا كان في الحضر.

وقد وقعت في زماننا أن رجلًا استعار مرًا ليسقي به أرضه، ففتح النهر، ووضع المر تحت رأسه، ونام مضطجعًا كما هو عادة أهل الرستاق، فسرق منه، فأفتوا أنه لا يضمن.

ولو وضع المستعير تحت رأسه أو تحت جنبه، ونام عليه مضطجعًا، لا يجب الضمان.

١٠٣٧٩- في «الأصل»: جاء رجل إلى المستعير، وقال له: إني استعرت من فلان هذا الذي هو عارية عندك من جهته، وأمرني أن أقبضه منك، فصدقه المستعير، ودفعه إليه، فضاعت الوديعة في يده، ثم جاء المالك، وأنكر أن يكون أمره بذلك، فالقول قول المالك، والمستعير ضامن؛ لأنه دفع مال المالك إلى غيره، وأنه سبب للضمان بقضية الأصل، إلا إذا كان بإذن المالك، ولم يثبت الإذن ههنا لما أنكر المالك ذلك.

فإن قيل: هلا لا يجعل هذا إعارة من المستعير الأول، حتى لا يجب عليه الضمان؟

قلنا: إذا أعار المستعير من غيره إنما لا يضمن لأنه يقيم يده مقام يد نفسه، وههنا تسببه إلى يد الثاني لم يكن بهذا الطريق، ألا ترى أن ثمة لو أراد المستعير استرداده من يد الثاني، فله

الآخر بالضمان يملك المستعار، فتبين أنه أعار ملك نفسه. والعبد إذا ضمن، فالملك يثبت لمولاه، فيصير الأول معيراً ملك مولاه. والعبد إذا أعار ملك مولاه، وهلكت في يد المستعير، كان للمولى أن يضمن المستعير.

١٠٣٩٠ - في مجموع النوازل: رجل باع من رجل عصيراً، ثم أعاره حماره حتى يحمل عليه، وقال له: خذ عذاره واسقه، ولا تخل عنه، فقال: أفعل، فلما سار ساعة خلى عنه عذاره، وأسرع في المشي، فسقط، فانكسر، فعليه ضمان الحمار.

١٠٣٩١ - في مجموع النوازل: إذا استقرض القروي ثوراً، فأغار عليه الأتراك، فلا ضمان على المستقرض، قال: لأن هذه عارية. فإن من عادة أهل القرى أنهم يستقرضون الثور بعضهم من بعض يوماً، أو ما أشبه ذلك، وينتفعون به، ثم يردونه، ويدفعون ثور أنفسهم بعد ذلك إلى صاحب الثور لينتفع هو بالثور الثاني حسب انتفاع الأول بالثور الأول، ثم يرد على صاحبه، فهذا في معنى العارية فيما بينهم.

وقول محمد رحمه الله تعالى في الكتاب: إن استقراض الحيوان يوجب الضمان، فذلك فيما إذا دفع حيواناً ليستهلكه، وينتفع به، ثم يدفع إليه مكانه حيواناً آخر، فيأخذه المستقرض للتملك دون الانتفاع، ورد عينه بعد ذلك -والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

الفصل السادس
في رد العارية

١٠٣٩٢- قال محمد رحمه الله تعالى في "الأصل": إذا رد المستعير الدابة مع عبده، أو بعض من في عياله؛ فلا ضمان عليه، كما في الوديعة، وهذا هو العرف، والعادة الظاهرة فيما بين الناس أن المستعير [بعد ما فرغ] من الانتفاع، يرد العارية على يدي غلامه، أو بعض من في عياله، وإن ردها على يد [عبد] صاحب الدابة عبد يقوم عليها، ويتعاهدها، قال: يبرأ عن الضمان، وأراد به ضمان الرد، لا ضمان العين؛ لأن ضمان العين لم يجب بعد، أما ضمان الرد واجب، فانصرف البراءة إلى ما كان مضمونًا عليه.

ولو هلكت الدابة بعد ذلك في يد العبد، لا يضمن ضمان العين. قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى: وهذا استحسان، والقياس أن لا يضمن، كما لو رد الوديعة على يدي من في عيال صاحب الوديعة، والفرق على جواب الاستحسان العرف، فإن العرف الظاهر فيما بين الناس أن عبد صاحب الوديعة هو الذي يسلم الدابة إلى المستعير عند الإعارة، وهو الذي يستردها منه عند الفراغ من الحاجة، ومثل هذا العرف لا يوجد في الوديعة، فإن صاحب الوديعة هو الذي يتولى الحفظ، ولذا أودعها؛ لأنه لم يرض بكونها في يد من في عياله.

١٠٣٩٣- قال شيخ الإسلام: وعلى قياس ما ذكر في العارية يجب أن يقال: بأن الغاصب إذا رد المغصوب على عبد المغصوب منه عبدًا يقوم على الدابة أنه يبرأ عن الضمان. فأما إذا أراد المستعير الدابة على عبد لا يقوم على الدابة، ولا يحفظها، هل يبرأ عن ضمان الرد؟ ذكر شيخ الإسلام وقال: يجب أن لا يبرأ، كما في الغاصب إذا رد الدابة المغصوبة على عبد لا يقوم عليها، فإنه لا يبرأ عن ضمانها، وهل يضمن ضمان العين إذا ضاع في يده؟ لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذه المسألة ههنا صريحًا، وذكر شمس الأئمة السرخسي ما يدل على أنه يضمن، فإنه قال في "المنتقى": ولو كانت العارية عقد لؤلؤ، فردها على عبد لا يقبض مثله منه، أنه يضمن.

وذكر شمس الإسلام أن في هذه المسألة يجب أن يكون على القياس والاستحسان، القياس أن يضمن، وفي الاستحسان لا يضمن، كما لو ردها إلى منزله [أو مربطه وضاع.

وتمه يضمن قياسًا، ولا يضمن استحسانًا؛ لأن النزول في يد المولى حكمًا، فالرد إلى منزله أو المربط][1] يكون ردًا على المالك حكمًا، فكذا العبد الذي لا يقوم على الدابة في يد المولى حكمًا، فكان الرد عليه كالرد على المولى.

١٠٣٩٤ - وأشار محمد رحمه الله تعالى بعد هذه المسألة بمسائل إلى أنه لا يضمن قياسًا واستحسانًا، فقد قال: إذا رد المستعير الدابة، فلم يجد صاحبها ولا خادمه، فربطها في دار صاحبها على معلفها، فضاعت، لا يضمن استحسانًا، فقد شرط لتحقق الاستحسان عدم صاحبها وخادمه مطلقًا من غير فصل بين خادم يقوم عليها، أو لا يقوم، فهذا إشارة إلى أنه إذا ردها على عبد لا يقوم عليها، أنه لا يضمن قياسًا واستحسانًا. هذا هو الكلام في العارية.

١٠٣٩٥ - وأما الكلام في الوديعة فقد ذكرنا في كتاب الوديعة أن المودع إذا رد الوديعة على عبد صاحبها أنه ضامن من غير فصل.

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى في "شرح كتاب العارية": أن الجواب في الوديعة كالجواب في العارية، وذكر شمس الأئمة السرخسي في "شرح كتاب العارية": أن المودع ضامن على كل حال [كما ذكرنا في كتاب الوديعة][2]، وهكذا ذكر القدوري في شرحه والفقيه أبو الليث في "فتاواه"، والله أعلم.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ب.

(٢) أثبت هذه العبارة من م.

الفصل السابع
في استرداد العارية، ومايمنع من استردادها

١٠٣٩٦ - ذكر الحاكم الشهيد في "المنتقى" عن محمد رحمه الله تعالى فيمن استعار من آخر أرضاً ليزرعها، فأعارها إياه، فأذن له في ذلك إلى أن يدرك زرعه، فزرعها، ثم أراد صاحبها أن يأخذها قبل أن يستحصد، فالمزارع بالخيار، إن شاء قلع الزرع، وإن شاء كانت الأرض عليه بأجر مثلها إلى أن يستحصد الزرع، وهذا لأن المزارع محق في الزراعة؛ لأنه زرع بإذن رب الأرض، فيجب مراعاة حق صاحب الأرض [في الأرض][1] وذلك بترك الأرض في يد صاحب الزرع إلى وقت إدراك الزرع بالإجارة، إن أبى صاحب الزرع قلع الزرع؛ لأن فيه قطع صاحب الأرض عن منفعة الأرض مدة معلومة بعوض مع مراعاة حق الزرع في الزرع من كل وجه. وذكر محمد رحمه الله تعالى هذه المسألة في "المبسوط"، وذكر فيها القياس أن يكون لصاحب الأرض أن يخرج الأرض من يد المستعير، سواء كانت العارية مطلقة أو موقتة، وفي الاستحسان لا يخرج الأرض من يده.

١٠٣٩٧ - وذكر في "المنتقى": ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: فيمن زرع أرض غيره لنفسه بإذن صاحب الأرض، ثم أراد رب الأرض أن يخرجها من يده بعدما زرعها، ليس له ذلك؛ لأن التغرير بالمؤمن حرام، فإذا استحصد الزرع، ذكر في بعض روايات "المبسوط": أن صاحب الأرض يأخذ الأرض مع الأجر، ولم يذكر هذا في بعض الروايات.

وكان الفقيه أبو إسحاق الحافظ يقول: إنما يجب الأجر لصاحب الأرض إذا آجر الأرض منه صاحب الأرض، أو القاضي، فأما بدون ذلك لا يجب الأجر؛ لأن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد. وعبارة "المنتقى": إن شاء المزارع كانت الأرض عليه بأجر مثلها، ولم يشترط إجارة رب الأرض والقاضي، وعبارة شمس الأئمة السرخسي في شرحه: إنه يترك الأرض في يد المزارع بأجر المثل من غير اشتراط إجارة رب الأرض، أو القاضي.

وإن أبى المزارع أن تكون الأرض في يده بأجر المثل، وكره قلع الزرع أيضاً، وأراد أن يضمن رب الأرض قيمة الزرع، وقال: زرعي متصل بأرضك، فأشبه الصبغ المتصل بثوبك،

(١) هكذا في م

تعالى[1] أن الضمان قيمته، كما في الصبغ. ولم يذكر هذه المسألة في «الأصل».

وذكر في «المنتقى» في موضع: أن له ذلك إلا أن يرضى رب الأرض أن يترك الزرع في أرضه حتى يستحصد، ويكون ذلك منه وفاء بالشرط الذي شرط في عقد العارية، فلا يلزمه شيء آخر. وقال في موضع آخر: ليس للمزارع أن يضمن رب الأرض قيمة الزرع.

١٠٢٩٨- وقال في «المنتقى»: فإن أراد رب الأرض أن يعطي الزارع بذره ونفقته، ويخرج الأرض من يده، ويكون الزرع له، يعني لرب الأرض، ورضي المزارع به، فإن كان لم يطلع من الزرع شيء، لا يجوز، وإن كان الزرع قد خرج، فصالحه على شيء مما أخرجه، جاز؛ لأن المزارع يصير بائعًا للزرع، وبيع الزرع قبل أن يخرج لا يجوز بلا خلاف، وبعد أن يخرج فيه كلام، وأشار ههنا إلى الجواز.

ولو استعار دارًا ليبني فيها بناء، أو أرضًا ليغرس نخلًا، ففعل، ثم أراد رب الأرض أو الدار أن يخرجه، فله ذلك، سواء كانت العارية مطلقة أو موقتة، ولا يضمن صاحب الدار والأرض قيمة البناء والأشجار إن كانت العارية مطلقة عند علمائنا رحمهم الله تعالى، ويضمنها إن كانت العارية موقتة، وأراد إخراجه قبل الوقت. هكذا ذكر المسألة في رواية «الأصل».

وذكر في «المنتقى» عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن عليه قيمة البناء سواء كانت العارية مطلقة أو موقتة، فصار في العارية المطلقة عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى روايتان، وجه ما ذكر في «المنتقى»: أن البناء للدوام، وقد أذن له في ذلك، فبالإخراج يصير غارًا، فلدفع الغرور أوجبنا القيمة. وجه ما ذكر في «الأصل»: أن الباني مغتر، وليس بمغرور؛ لأنه بنى هذا البناء معتمدًا على إذنه، مع علمه أن مطلق الإذن على الجواز دون اللزوم.

١٠٢٩٩- أما إذا كانت العارية موقتة، فأراد إخراجه قبل الوقت، يغرم قيمة البناء والأشجار، فأما لزم الاسترداد باتفاق الروايات؛ لأن التأقيت غير محتاج إليه لتصحيح العارية، وإنما يريد ضمان بقية البناء إلى هذا الوقت، وضمان قيمة البناء إن أخرجه قبل الوقت، فهذا يضمن له، وإذا لم يكن القلع مستحقًا عليه، كان حقه في بناء قائم يوم الاسترداد، فيعتبر قيمته كذلك.

هذا إذا أراد صاحب الأرض إخراجه قبل الوقت، وإن مضى الوقت، فلصاحب الأرض أن يقلع عليه الأشجار والبناء، ولا يضمن شيئًا عندنا؛ لأن القلع بعد الوقت مشروط مقتضى ذكر

(١) هكذا في الأصل، وكان في [illegible] على

الفصل الثامن
في الاختلاف الواقع في هذا الباب، والشهادة فيه

١٠٤٠١ - قال محمد رحمه الله تعالى في "الأصل": رجل استعار من رجل دابة ليركبها إلى حمام أعين، فجاوز بها حمام أعين، ثم رجع إلى حمام أعين، أو إلى الكوفة، والدابة على حالها، ثم عطبت الدابة، فقال رب الدابة: قد خالفت، ولم تردها إلى الموضع الذي أذنت لك، فقال المستعير: قد خالفت فيها، ثم رجعت بها إلى الموضع الذي أذنت لي، فلا ضمان عليّ، فالقول قول رب الدابة، والمستعير ضامن؛ لأنه أقر بالسبب الموجب للضمان، وهو المجاوزة عن المكان المسمى، ثم ادعى ما يبرأه، وهو العود، فلا يصدق إلا بالحجة. فإن أقام البينة أنه قد ردها إلى الكوفة، أو إلى الموضع الذي أخذها إليه، ثم تلفت بعد ما ردها، قال: هو ضامن لها حتى يدفعها إلى صاحبها، وتأويله: أنه استعاره إلى ذلك المكان ذاهبًا، لا جائيًا، ومتى كان كذلك، كان ضامنًا؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة، ولو عاينا أنه عاد إلى المكان المشروط، فإنه لا يبرأ؛ لأنه عاد إلى الوفاق والعقد [ينتهي، فلا يبرأ عن الضمان، فأما إذا كان ذاهبًا وجائيًا، فإنه يبرأ عن الضمان؛ لأنه عاد إلى الوفاق، والعقد][1] قائم، فيبرأ عن الضمان.

١٠٤٠٢ - إذا قال: أعرتني دابتك، وهلكت، وقال المالك: غصبتها مني، فلا ضمان عليه إن لم يركبها، وإن كان قد ركبها، فهو ضامن، وإن قال: أعرتني، وقال المالك: أجرتكها، وقد ركبها، وهلكت من ركوبه، فالقول قول الراكب، ولا ضمان عليه.

١٠٤٠٣ - وفي "القدوري": إذا اختلف المعير والمستعير في الأيام، أو في المكان، أو فيما يحمل عليه، فالقول قول رب الدابة مع يمينه؛ لأن الإذن من جهته يستفاد، فكان القول قوله.

١٠٤٠٤ - وفيه أيضًا: وإذا تصرف المستعير، وادعى أن المعير أذن له، وجحد المعير، فهو ضامن، إلا أن يقوم له بينة على الإذن؛ لأن سبب الضمان قد تحقق، فإذا ادعى الإذن، فقد ادعى المسقط، فلا يقبل إلا بحجة.

١٠٤٠٥ - وفي "المنتقى": رجل قال لغيره: أعرتني هذه الدار، وهذه الأرض لأبنيها،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

أو أغرس فيها عند بدا لي من النخل أو الشجر، فغرستها هذا النخل، وبنيتها هذا البناء، وقال المعير: أعرتك الدار والأرض، وفيها هذا البناء والأغراس، فالقول قول المعير؛ لأن البناء والأغراس بحكم الاتصال صار وصفا للأرض، بمنزلة أوصاف الحيوان، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة المعير أيضًا؛ لأن الإعارة لاتكون إلا بعد سابقة الاستعارة، فالمعير ببينته أثبت استعارته الأرض مع البناء والأغراس، وباستعارة الأرض مع البناء والأغراس للمعير، وبعد ما ثبت إقراره بذلك، كيف يقبل منه البينة على أن البناء والأغراس له؟

الفصل التاسع
في المتفرقات

١٠٤٠٦- ورد المستعار على المستعير، ورد المستأجر على الآجر، والعبرة لما يعود ويحصل، فالحاصل للآجر بدل المنفعة، وللمستأجر المنفعة وبدل المنفعة [عين، وكان خيراً من المنفعة][١]، وكان مؤنة الرد عليه، والحاصل للمستعير المنفعة، والمعير لا شيء له، وإنما يعود إليه ملكه لا غير، فكان المستعير أسعد حالاً، فكان بمنزلة الرد على المستعير، ذكر الصدر الشهيد في باب من المسائل من كتاب الإجارات.

١٠٤٠٧- وفي «النوازل»: نفقة العبد المستعار على المستعير، وكسوته على المعير؛ لأن بقاء المنفعة الحالية بالنفقة، والمنفعة تعود إلى المستعير، ولا كذلك الكسوة. وقال أبو نصر: لو أن رجلاً استعار من رجل عبداً، فطعام العبد على المستعير، ولو أن مولى العبد أعار العبد، فطعامه على المعير.

وقال الفقيه أبو الليث: يعني إذا قال مولى العبد: خذ عبدي، واستخدمه من غير أن يستعير، فإن هذه بمنزلة الوديعة، وطعامه على مولاه.

١٠٤٠٨- وفي «المنتقى»: إذا قال لغيره: أعرني ثوبك، فإن ضاع، فأنا ضامن له، فلا ضمان عليه، وهذا الشرط باطل؛ لأنه يخالف قضية الشرع، وكذلك هذا الحكم في سائر الأمانات، نحو الودائع وغيرها.

١٠٤٠٩- وفيه أيضاً بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: في المستعير إذا خرج بالدابة، أو الثوب من المصر، فاستعمله، فهو ضامن، وإن خرج به[٢]، ولم يلبس، ولم يركب، ضمن في الدابة، ولم يضمن في الثوب.

معنى المسألة: استعار ثوباً، أو دابة في المصر، حتى تقيد الإذن بالاستعمال في المصر. قال: لأن الاستعمال خارج المصر يخالف الاستعمال في المصر، ثم خرج بهما عن المصر، إن استعمل الثوب والدابة، فهو ضامن، وإن لم يستعملهما، ففي الثوب لا ضمان؛ لأنه حافظ كما هو حافظ له في المصر، بخلاف الدابة؛ لأنها بمجرد الإخراج صارت

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ، م، ب، ف.

(٢) وفي ف: وإن لم يخرج به.

معرضة للتغيير، فيكون تغيرا بغير إذنه إتلافاً معنى، فيضمن لها.

١٠٤٤٠- وفيه أيضاً: ذكر المعلى في نوادره عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: في رجل استعار محملا، أو فسطاطاً في مصر، فسافر به، لا يضمن، وإن استعار سيفا، أو عمامة، فسافر بها ضمن، والفرق أن الاستعارة وإن وجدت في المصر، إلا أن الفسطاط والمحمل يستعملان خارج المصر عادة، فصار إعارتهما إذناً بالسفر دلالة، ولا كذلك السيف والعمامة.

١٠٤٤١- وفيه أيضاً: استعار من رجل فرساً ليغزو عليه أربعة أشهر، ثم لقيه المعير بعد شهرين في بلاد المسلمين، وأراد أخذه فله ذلك، وإن لقيه في بلاد الشرك في موضع لا يقدر على الكراء ولا الشراء ليس له أن يأخذه، دفعاً للضرر عن المستعير، ويكون على المستعير أجر مثل ذلك الفرس من ذلك الموضع الذي طلبه منه صاحبه إلى أدنى المواضع التي يقدر فيها على الحملان، مراعاة للجانبين، ودفعا للضرر عن الطرفين.

١٠٤٤٢- ونظير هذه المسألة: رجل أعار من آخر أمة ترضع ابناً له، فلما تعود الصبي، وصار لا يرضع إلا منها، قال المعير: اردد علي أمتي، ليس له ذلك، وله مثل أجر جاريته إلى أن يفطم الصبي.

١٠٤٤٣- وكذلك إذا استعار من آخر زقاقاً، وحمل فيها زيتاً، فأخذه في الصحراء، فليس له أن يأخذ الزقاق، وله أجر مثلها إلى موضع يجد فيه زقاقاً، فيحول زيته.

وعنه أيضاً: إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى في رجل قال لرجل: أعرني دابتك فرسخين، أو قال: إلى فرسخين، فقال: لك فرسخان ذاهباً وجائياً، فيصير أربعة فراسخ، وكذلك كل عارية تكون في المصر، نحو تشييع الجنازة وأشباهها، وهذا استحسان أخذ به علماؤنا رحمهم الله تعالى لمكان العرف الظاهر فيما بين الناس، والقياس أن يكون هذا على الذهاب خاصة، ولا يكون له أن يرجع عليها.

١٠٤٤٤- استعار من آخر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فبعث الدابة مع وكيل له ليحمل عليها الحنطة، فحمل الوكيل حنطة غيره عليها، لا يضمن، في كتاب الشركة في باب خصومة المفاوضين.

١٠٤٤٥- استعارة الشيء للرهن من غيره جائزة، وأنه معروف، والاستعارة للتزوج غير جائزة، ذكره شيخ الإسلام في شرح كتاب المزارعة.

ذكر في فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: أن والد الصغير ليس له أن يعير متاع ولده الصغير.

الفصل الأول
في بيان أنواع الشركات وشرائطها وحكمها

١٠٤٢١ - فأما بيان أنواعها، فنقول: شركة العقود أنواع ثلاثة: شركة بالمال، وشركة بالوجوه، وشركة بالأعمال، وكل ذلك على وجهين: مفاوضة وعنان. وشرط جواز هذه الشركات كون المعقود عليه عقد الشركة قابلاً للوكالة؛ لأن المقصود من هذه العقود الشركة في التصرف، والشركة في التصرف إنما تثبت إذا صار كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه في التصرف، فيشترط كون ما يعقد عليه عقد الشركة قابلاً للوكالة لهذا.

ثم الشركة إن كانت بالمال لا تجوز، عناناً كانت أو مفاوضة، إلا إذا كان رأس المال من الأثمان التي لا تتعين في عقود المبادلات، نحو الدراهم والدنانير، فأما ما يتعين في عقود المبادلات، نحو العروض، فلا تصح الشركة بهما، سواء كان ذلك رأس مالهما، أو رأس مال أحدهما.

وإنما لا تصح الشركة بالعروض، لما أشار إليه في الكتاب: أن رأس المال مجهول، ومعناه أن العروض ليست من ذوات الأمثال، وعند القسمة لا بد من تحصيل رأس المال أولاً، ليظهر الربح، فإذا كان رأس المال عروضاً، فتحصيله عند القسمة تكون بطريق الحزر والظن، فلا يثبت اليقين به.

ومعنى آخر: أن كل واحد من الشريكين يصير وكيلاً عن صاحبه بالتصرف، فإذا كان رأس المال عروضاً، صار كل واحد منهما موكلاً صاحبه ببيع متاعه، على أن يكون له بعض ربحه، وذلك لا يجوز؛ لأن الوكيل بالبيع يكون أميناً، فيكون هذا ربح ما لم يضمن في حقه، وأنه لا يجوز.

وإذا كان رأس المال دراهم أو دنانير، صار كل واحد منهما موكلاً صاحبه بالشرى بثمنه، على أن يكون بعض الربح له، وذلك جائز [لأن الوكيل بالشرى يكون ضامناً للثمن في ذمته، فيكون هذا ربح ما قد ضمن، فإنه جائز](١)، ويشترط في ذلك أن يكون رأس المال عيناً، إما حاضراً في المجلس، أو غائباً عن المجلس، مشاراً إلى مكانه، حاضراً عند الشرى.

١٠٤٢٢ - وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه، والشيخ أبو الحسن القدوري: أن

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط و م و ف.

من دفع إلى رجل ألف درهم، وقال: اخرج من عندك ألفًا مثل هذا الألف، فاشتر بهما، وبع، فما ربحت من شيء، فهو بيننا، ففعل المأمور كذلك، فهو جائز، وإن لم يكن المال حاضرًا في مجلس العقد، ولا مشارًا إلى مكانه، واكتفى بوجوده عند الشرى.

فأما التبر من الذهب والفضة، فقد جعله في كتاب الشركة من الأصل بمنزلة العروض، فلم تجز الشركة بها، وفي صرف الأصل جعله بمنزلة الأثمان، فجوز الشركة بها، قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى: والحاصل أن المعتبر في هذا العرف، ففي كل بلدة جرى التعامل بالمبايعة بالتبر، فهو بمنزلة الأثمان، لا تتعين في العقود، ولا تجوز الشركة [به، وفي كل بلدة لم يجر التعامل بالمبايعة بالتبر، فهو بمنزلة الأثمان، لا يتعين في العقود، ولا تجوز الشركة به][1].

وأما الفلوس: فالمشهور من قول أبي حنيفة وأبي يوسف أن الشركة والمضاربة بها لا يجوز، وعن محمد وزفر أنه يجوز، ومحمد وزفر يقولان: إن الفلوس ما دامت رائجة، فهي بمنزلة النقود.

وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله قالا: الرواج في الفلوس عارض باصطلاح الناس، وذلك يتبدل ساعة فساعة، فلو جوزنا الشركة بها أدى إلى جهالة رأس المال عند قسمة الربح، إذا كسدت تلك الفلوس؛ لأن رأس المال عند قسمة الربح يحصل باعتبار المالية، لا باعتبار العدد، ومالية الفلوس تختلف بالرواج والكساد.

١٠٤٢٣- وأما الشركة بالمكيلات، والموزونات، فإن الخالط في جنس واحد، وفي الجنسين المختلفين، قبل الخلط، وبعد الخلط لا يجوز بالاتفاق، وأما بعد الخلط في جنس واحد، وفي المعدودين، إذا اتفقا في المقدار، على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لا تصح الشركة، ويكون المخلوط مشتركًا بينهما شركة ملك، حتى لو تصرفا وربحا، فالربح بينهما على قدر الملك. وقال محمد رحمه الله تعالى: تصح الشركة، والربح بينهما على الشرط. فكلام أبي يوسف ظاهر أن قبل الخلط إنما لا يجوز الشركة؛ لأنها تتعين بالتعيين، وهذا المعنى لا يبطل بالخلط، وما يتعين بالتعيين لا يصح أن يكون رأس مال الشركة، ومحمد يقول: بأن الكيل والوزن عرض من وجه، ألا ترى أن الشراء بهما دينًا في الذمة صحيح، وأنه حكم الثمن، ويتعين في العقود بالتعيين، وأنه حكم العرض: فمن حيث إنه عرض لم تجز الشركة به قبل الخلط في الجنس الواحد، ومن حيث إنه ثمن جوز الشركة بها بعد الخلط، وهذا لأن

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

باعتبار الشيوع يضعف إضافة عقد الشركة إليهما، فيتوقف ثبوته على ما يقويه، وهو الخلط، وتثبت شركة الملك لا محالة فيتأكد العقد أيضاً

وفي الجنسين المختلفين، إنما لا تصح الشركة عنده على قول محمد رحمه الله تعالى بعد الخلط باعتبار المخلوط، فعند اختلاف الجنس المخلوط ليس من ذوات الأمثال، ألا ترى أن مثله يقسم بالقيمة دون المثل؛ لأنه لا مثل له، فلا يمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل، وفي الجنس المختلف إذا عملا شيئاً، إن كانا لم يخلطا أخذ كل واحد رأس ماله كما كان، وإن كانا قد خلطا، فالثمن يقسم بينهما على قدر قيمة طعام كل واحد منهما يوم خلطاه مخلوطاً، وإنما اعتبر قيمتهما يوم الخلط؛ لأن استحقاق الثمن بمقابلة المبيع، والمبيع داخل في البيع مخلوطاً.

وإن كان أحدهما مزيد خلط جزئياً، فإنه يضرب بقيمته يوم يقتسمون غير مخلوط، ومعنى هذا أن قيمة الشعير تزداد إذا خلط بالحنطة، وقيمة الحنطة تنقص إذا خلطت بالشعير، فصاحب الشعير يضرب بقيمة الشعير غير مخلوط، وصاحب الحنطة يضرب بقيمة الحنطة مخلوطة؛ لأن الزيادة في الشعير حصلت من مال صاحب الحنطة، فلا يستحق صاحب الشعير الضرب بتلك الزيادة، والنقصان في الحنطة حصل بفعل رضي به صاحب الحنطة، وهو الخلط، وقيمة ملكه تنقص عند البيع، فلا يستحق الضرب إلا بالقدر القائم.

وطعن عيسى بن أبان في الفصلين جميعاً، وقال: قول محمد في الفصل الأول يعتبر قيمة متاع كل واحد منهما [يوم خلطاه، وفي الفصل الثاني يعتبر قيمة متاع كل واحد منهما](١) يوم يقتسمون غلط، والصحيح أن تعتبر قيمة كل واحد منهما يوم وقع البيع؛ لأن استحقاق الثمن بالبيع، وهكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى في المنتقى، وتبين بما ذكر في المنتقى: أن في المسألة روايتين.

١٠٤٢٤- وإن أراد تجويز الشركة بالعروض، فالحيلة في ذلك أن يبيع كل واحد منهما نصف عرضه بنصف عرض صاحبه، حتى صار مال كل واحد منهما مشتركاً بينهما شركة ملك، ثم يعقدان عقد الشركة بعد ذلك، إن شاءا مفاوضة، وإن شاءا عناناً، وتصير العروض رأس مال الشركة، والعروض بعدما صار مشتركاً بينهما يصلح رأس مال الشركة، وإن كان قبل ذلك لا يصلح.

وكذلك إذا كان لأحدهما دراهم، وللآخر عروض، ينبغي أن يبيع صاحب العروض

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وأثبتناه من ط وم وف.

نصف عروضه بنصف دراهم صاحبه، ويتقابضان، ثم يشتركان إن شاء مفاوضة، وإن شاءا عنانًا، هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الشركة في باب بضاعة المفاوض.

١٠٤٢٥- وفي «المنتقى»: هشام عن محمد رحمه الله تعالى: عبد بين رجلين، اشتركا فيه شركة مفاوضة، أو عنان، فهو جائز. وفيه أيضًا[1] رجل له طعام، ورجل آخر له طعام، فاشتركا عليهما، وخلطاهما، وأحدهما أجود من الآخر، فالشركة في هذا جائزة، والثمن بينهما نصفان، قال من قبل: إن هذا يشبه البيع، ومعنى المسألة أنهما خلطاهما على أنه بينهما. وقال في موضع آخر من هذا الكتاب: يقسم الثمن بينهما على قدر قيمة الجيد والرديء.

١٠٤٢٦- ولو كان رأس مال أحدهما دراهم، ورأس مال الآخر دنانير، جازت الشركة عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى، عنانًا كانت أو مفاوضة في المشهور، وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن المفاوضة لا تجوز، وهكذا روي عن أبي يوسف، وعند زفر والشافعي لا تجوز الشركة، عنانًا كانت أو مفاوضة، وهذا بناء على أن عند زفر الخلط شرط صحة الشركة، فلا تصح بمالين لا يختلطان. هذا كله بيان شرائط جواز الشركة بالمال، عنانًا كان أو مفاوضة.

ثم تختص المفاوضة بزيادة شرائط، فمن جملة ذلك: التنصيص على المفاوضة، حتى إنهما إذا لم يتلفظا بلفظة المفاوضة، كانت الشركة عنانًا [هكذا روي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

قال شمس الأئمة السرخسي في شرحه: وتأويل[2] هذا أن أكثر الناس لا يعرفون جميع أحكام المفاوضة فلا يتحقق منهما الرضا بحكم المفاوضة قبل علمهما، ويجعل تصريحهما بالمفاوضة قائمًا مقام ذلك كله، فإن كان المتعاقدان يعرفان أحكام المفاوضة، صح العقد بينهما إذا ذكر معنى المفاوضة، وإن لم يصرحا بلفظها؛ لأن العبرة للمعنى دون اللفظ.

ومنها أن تكون عامة في عموم التجارات[2]، إليه أشار محمد رحمه الله تعالى في «الكتاب» وذكر شيخ الإسلام في آخر باب شركة المفاوضة أنها تجوز في نوع خاص أيضًا.

ومنها أن يكون كل واحد منهما من أهل الكفالة بأن كانا بالغين عاقلين حرين؛ لأن حكم هذه الشركة صيرورة كل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه فيما يلحقه من ضمان التجارات

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل والمثبت من ظ و م وف.

(٢) هكذا في النسخ الخطية التي عندنا، وكان في الأصل: في جميع التجارات.

حتى لا يبقى معه شيء على ما يأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى.

ومنها أن يكون رأس مال كل واحد منهما على السواء من حيث القدر إذا كان من جنس واحد ونوع واحد، وإن كانا من جنسين مختلفين نحو الدراهم والدنانير، أو كانا من جنس واحد، إلا أنهما من نوعين مختلفين نحو الأكثر من الصحاح، فيشترط أن يكون مع ذلك التساوي في القيمة.

وأما شرط التساوي في المال، فلأن في هذه الشركة معنى المفاوضة، فقضية عقد المفاوضة التساوي؛ إذ المفاوضة مشتقة من المساواة، ومن هذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى في رواية: إن المفاوضة لا تجوز إذا كان لأحدهما دراهم وللآخر دنانير؛ لأن المساواة بين الدراهم والدنانير إنما تكون بالقيمة، وطريق معرفة ذلك الحزر والظن، وفي ظاهر الرواية يجوز؛ لأن الجنس واحد من حيث المعنى.

١٠٤٢٧ - ولو كان لأحدهما دراهم بيض، وللآخر سود، وبينهما فضل قيمة، لم يصح المفاوضة في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه يجوز؛ لأنه لا عبرة للجودة في الأموال الربوية عند مقابلتها بجنسها.

ومن جملة ذلك أن يستويا في الربح، وأن لا يكون لكل واحد منهما من المال الذي يجوز عليه عقد الشركة سوى رأس المال الذي شارك به صاحبه ابتداء وانتهاء على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

ثم إن صحت الشركة مفاوضة، كانت مفاوضة، صار كل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه فيما يلزمه من ضمان التجارات، وما يجوز أن يكون واجباً بالتجارة وما يشبه ضمان التجارة، ويصير كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه فيما يلزم صاحبه من التجارات، فيكون مطالباً بما يجب على صاحبه بحكم الوكالة، ويكون مخاصماً فيه بحكم الكفالة، ويجب أن يكون في جميع أحكام التجارة كشخص واحد، وإنما فعلنا هكذا؛ لأن المفاوضة تنبئ عن التساوي، فيجب اعتبار التساوي في جميع ما يجب لهما وعليهما فيما يجوز أن يكون داخلاً تحت الشركة.

١٠٤٢٨ - وإن صحت الشركة عناناً يصير كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه في نصف الشراء، ولا يصير كل واحد وكيلاً عن صاحبه في استيفاء ما وجب بعقد صاحبه.

والحاصل أن في هذه الشركة حقوق العقد ترجع إلى العاقد لا غير، ولا يصير كل واحد منهم كفيلاً عن صاحبه حتى لا يؤاخذ كل واحد منهم بما لزم صاحبه، هذا كله بيان شرائط

الشركة بالمال، و حكمها.

١٠٤٢٩ - جئنا إلى الشركة بالوجوه وصورتها أن يشترك اثنان ولا مال لهما في نوع خاص، أو في الأنواع كلها على أن يشتريا ويبيعا، وما رزق الله تعالى من شيء فهو بينهما، فهذه الشركة جائزة عندنا. وإنما سميت هذه الشركة شركة الوجوه؛ لأنه إنما يشتري بالنسيئة من له وجاهة عند الناس، وطريق جواز هذه الشركة أن يجعل كل واحد أصيلاً في النصف من وجه، ووكيلاً من وجه عن صاحبه، فيقع المشترى مشتركاً بينهما، ألا ترى أنه لو قال: اشتر هذا العين على أن يكون بيننا، كان ذلك جائزاً، كذا ههنا.

وهذه الشركة قد تكون مفاوضة، وقد تكون عناناً، وشرط المفاوضة أن يكونا من أهل الكفالة، وأن يكون الملك في المشترى بينهما نصفين، وثمن المشترى عليهما نصفان، وأن يتساويا في الربح، وأن تكون عامة إلا على قول شيخ الإسلام، وأن تنعقد بلفظ المفاوضة على التأويل الذي ذكره شمس الأئمة على ما مر.

والعنان منها يجوز مع اشتراط التفاضل في ملك المشترى. وينبغي أن يشترط الربح في هذه الشركة على قدر اشتراط الملك لهما في المشترى، حتى لو تفاضلا في ملك المشترى، أو شرطا التساوي في الربح بينهما، أو كان على العكس لا يجوز هذا الشرط، ويكون الربح بينهما على قدر ما اشترطا الملك بينهما، وهذا لأن اشتراط الربح لأحدهما أكثر، فما شرط له من حصته من الملك اشتراط الربح من غير ملك ولا ضمان، والربح إنما يستحق بالملك، كما في رب المال في باب المضاربة، أو بالضمان كالأستاذ يتقبل العمل والقاه على تلميذه بأقل من ذلك الأجر الذي تقبل العمل به يطيب له الفضل، وإنما يطيب له بالضمان، فأما بدون ذلك فلا يستحق الربح، ألا ترى أن من قال لغيره: اعمل في مالك على أن لي بعض الربح لم يجز.

فإن قيل: يجوز أن يكون فضل الربح لفضل العمل، والربح يستحق بالعمل، ألا ترى أن المضارب يستحق الربح وإنما يستحقه بالعمل، قلنا: إنما يستحق بالعمل إذا كان العمل في ماله معلوماً، كما في المضارب ولم يوجد ههنا.

١٠٤٣٠ - في المنتقى: إذا أراد الرجلان أن يشتركا شركة مفاوضة، ولأحدهما دار أو خادم أو عرض وليس للآخر شيء، فاشتركا شركة مفاوضة بعملان ذلك بوجوههما ولم يسميا شيئاً من العروض التي لأحدهما في شركتهما، كانت الشركة جائزة وهي مفاوضة، والعروض لصاحبها خاصة، وهذه شركة وجوه، وكذلك إذا كان لأحدهما تبر ذهب غير

مضروب، والباقي بحاله.

١٠٤٣١ - جئنا إلى الشركة بالأعمال وهي نوعان صحيحة، وفاسدة، فالصحيحة منها: أن يشترك اثنان على أن يتقبلا الأعمال من الناس، ويعملا بأيديهما، فما رزق الله تعالى ربح من شيء، فهو بينهما، فهذه الشركة جائزة، وقد تكون هذه الشركة متفاوضة عند استجماع شرائطها على ما ذكرنا، وقد تكون عنانًا.

وطريق جواز هذه الشركة أن يجعل كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه بتقبل العمل له، والتوكيل بتقبل العمل له جائز، ولأجل هذا المعنى قلنا: تصح هذه الشركة مفاوضة اتفقت أعمالهما، بأن اشترك قصاران أو خياطان، أو اختلفت بأن اشترك قصار وخياط.

وقال زفر: إن اختلفت أعمالهما لا يصح؛ لأن كل واحد منهما عاجز عن العمل الذي يتقبل صاحبه، فإن ذلك ليس من عمله، فلا يحصل ما هو المقصود من العقد، ولكنا نقول: جواز هذه الشركة من حيث التوكيل بتقبل العمل، والتوكيل بتقبل العمل صحيح ممن يحسن ذلك العمل وممن لا يحسن، وهذا لأنه لا يتعين على المتقبل إقامة العمل بنفسه، بل له أن يقيم بأعوانه وأجرائه، وكل واحد منهما غير عاجز عن ذلك.

وفي العتابي: من هذه الشركة يجوز شرط التفاضل في المال المستفاد بالعمل مع اشتراط التساوي في العمل، بأن اشتركا المال بينهما أثلاثًا، وشرطا العمل عليهما نصفان، هكذا ذكر في الأصل؛ لأنهما تتفاوتان في العمل وقد يكون بينهما في العمل تفاوت، فيصح منهما اشتراط التفاوت في الربح.

١٠٤٣٢ - وذكر القدوري: أنه لا يجوز اشتراط التفاضل في المال المستفاد بالعمل إن اشترطا التفاضل في العمل، وهذا لأن استحقاق الكسب باشتراط العمل والتقبل، دون نفس العمل، ألا ترى أنه لو عمل أحدهما دون الآخر، كان الأجر بينهما على ما اشترطا، فيصير العامل كالمعين لصاحبه على إيفاء ما صار مستحقًا عليهما من العمل بعقد الشركة، وإذا ثبت أن استحقاق الأجر بتقبل العمل، فإنما يستحق كل واحد منهما من الأجر بقدر ما عليه من العمل.

١٠٤٣٣ - ثم في شركة التقبل إذا لم يتفاوضا، ولكن اشتركا شركة مطلقة، فدفع رجل إلى أحدهما عملا، فله أن يأخذ بذلك العمل أيهما شاء، ولكل واحد منهما أن يطالب بأجر العمل، فإلى أيهما شاء دفع وبرئ، بمنزلة المتفاوضين عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى استحسانًا، قال هشام: أخبرنا محمد بذلك، وهو قول محمد، وكذلك قول أبي يوسف.

١٠٤٣٤– قال أبو الفضل في المنتقى: وكذا روى بشر بن الوليد عن أبي يوسف من قوله، وقول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وزاد فيه: إذا جنت يد أحدهما، فالضمان عليهما، يأخذ صاحب العمل أيهما شاء بجميع ذلك. فقد اعتبر هذه الشركة مفاوضة في حق هذه الأحكام، مع أنهما لم يتفاوضا؛ وهذا استحسان أخذ به علماؤنا رحمهم الله تعالى؛ لأن هذه الشركة مقتضية للضمان بأن ما يتقبله كل واحد منهما مضمون على الآخر، ولهذا يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه، فأجروها مجرى المفاوضة في حق ضمان العمل، واقتضاء البدل. وفيما عدا ذلك لم يثبتوا معنى المفاوضة، حتى قالوا: إذا أقر أحدهما بدين من ثمن صابون وأشنان مستهلكة، أو أجر أجير، أو أجرة بيت لمدة مضت، لم يصدق على صاحبه إلا ببينة، وسيأتي بيان هذه الأحكام، والفرق بين المفاوضة والعنان فيما بعد هذا إن شاء الله تعالى.

١٠٤٣٥– إذا أقعد الصانع معه رجلا في دكانه، تطرح عليه العمل بالنصف، جاز استحسانا؛ لتعامل الناس من غير نكير منكر، ولأن الناس بحاجة إلى ذلك، فالعامل قد يدخل بلدا لا يعرف أهله، ولا يأمنونه على متاعهم، وإنما يأمنون على متاعهم صاحب الدكان الذي يعرفونه، وصاحب الدكان لا يتبرع على العامل بمثل هذا في العادة، ففي تجويز هذا العقد يحصل غرض الكل؛ فإن العامل يصل إلى عوض عمله، وصاحب الدكان يصل إلى عوض منفعة دكانه، والناس يصلون إلى منفعة عمل العامل. ويطيب الربح للفضل؛ لأنه أقعده في دكانه، وأعانه بمتاعه، وربما يقيم صاحب الدكان بعض العمل؛ كالخياط يتقبل الثياب، ويلي قطعه، ثم يدفع إلى آخر بالنصف.

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى: هذا العقد نظير عقد السلم، من حيث إنه رخص فيه لحاجة الناس، كالسلم.

قال الصدر الشهيد في شرح كتاب الشركة: طريق الجواز أن يجعل كأنهما اشتركا في التقبل والعمل، ثم يتقبل أحدهما، ويعمل الآخر، وعلى هذا القول إذا قال صاحب الدكان: أنا أتقبل ولا تتقبل أنت، وأطرح عليك لتعمل بالنصف، لا يجوز، وكذلك قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه في الخياط: يتقبل المتاع، ويلي قطعه، ثم يدفعه إلى الآخر بالنصف، يجوز، وكذا هذا في سائر الصنائع، قال: ولو تقبل الشريك، جاز، ولو عمل صاحب الدكان، جاز أيضا.

١٠٤٣٦– وأما الفاسدة من هذه الشركة: أن يشتركا في الاحتطاب، والاحتشاش،

وطلب الكنوز، وما أشبه ذلك من الأشياء التي تملك بالأخذ من المباحات، وهذا يبتني على الأصل الذي تقدم: أن من شرط جواز الشركة كون ما عقد عليه عقد الشركة قابلا للوكالة، والتوكيل بهذه الأنواع لا يجوز، وتقبل الأنواع[1] من كل صانع يعمل بالأجر يجوز التوكيل، فلهذا أجاز ذلك النوع، ولم يجز هذا النوع، وإنما جاء الفرق في صحة التوكيل وعدم صحته؛ لأن التوكيل أمر بالتصرف، وإنما يصح إذا حصل الأمر فيما هو ملك الموكل، كما في بيع شيء من ماله، وكما في شراء شيء له؛ لأن الشراء إيجاب في ذمته، وذمته خالص ملكه، وفي شركة التقبل كل واحد من صاحبه بإيجاب بعض العمل في ذمته فيصح الأمر، وفي أخذ المباحات لم يوجد الأمر بالتصرف في ملكه، فلم يصح الأمر - والله أعلم -.

(١) هكذا في الأصل ... وكان في النسخ الباقية التي عندنا: وتقبل الأعمال

الفصل الثاني
في الألفاظ التي تصح الشركة بها، والتي لا تصح

٠٤٣٧ : قال محمد رحمه الله تعالى: إذا اشتركا بغير مال على أن ما اشتريا اليوم فهو بينهما، وخصا صنفًا وعملاً، أو لم يخصا، فهو جائز، وكذلك إذا قال: هذا الشهر. وكان ينبغي أن لا يجوز إذا لم يبينا جنس ما يشتريانه في الصفقة، أو مقدار البدل؛ لأن مبنى الشركة على الوكالة، ومن وكل رجلاً بأن يشتري له شيئًا بهذه الدراهم، لا يجوز ما لم يبين الجنس والصفة، أو مقدار الثمن. والجواب أن الشركة في معنى وكالة فوض إلى الوكيل الرأي فيما يشتري، بأن يقول له: اشتر لي اليوم ما شئت، وذلك جائز، فكذلك الشركة.

إنما قلنا: إن الشركة بهذه الصفة التي ذكرنا؛ لأن المقصود من الشركة تحصيل الربح، وإنما يحصل هذا المقصود إذا صار الرأي مفوضًا إلى كل واحد منهما في التصرف.

فإذا جازت هذه الشركة، هل تتوقت بالوقت المذكور، حتى لا تبقى بعد مضي الوقت؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الأصل.

وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى: أنه يتوقت. وضعف الطحاوي هذه الرواية، وقال: نص في وكالة الأصل أن كل من وكل رجلاً ليشتري له عبدًا اليوم، أو ليبيع له عبدًا اليوم، أن الوكالة لا تتوقت باليوم. وغيره من المشايخ صححوا هذه الرواية، وقالوا: ما ذكر في الشركة يصير رواية في الشركة، فيصير في المسألة الأولى روايتان على قول هؤلاء، وهو الصحيح.

ولم يذكر محمد في الأصل ما إذا لم يذكر لفظة الشركة، ولكن قال أحدهما للآخر: ما اشتريت اليوم من شيء فهو بيني وبينك [أما حكمه؟] وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه لا يصح إلا بذكر لفظة الشركة، أو ما يدل على الشركة، بأن قال: ما اشتريت اليوم، أو ما اشتريت، فهو بيني وبينك[1] أما بدون ذلك، لا يجوز ما لم يكن الرأي مفوضًا إلى الوكيل، بأن قال: إذا اشتريت ما رأيت، أو ما شئت اليوم، فهو بيننا. وروى أبو سليمان عن محمد: أنه يجوز، وتثبت الشركة بهذا القدر؛ لأنهما ذكرا حكم الشركة إن لم يذكرا عقد الشركة، والعقد يصير مذكورًا بذكر حكمه، ألا ترى أنهما لو ذكرا الشراء من

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من م، و ب.

الجانبين يجوز، وإن لم يذكرا لفظ الشركة لما ذكرا حكم الشركة.

وجه ما روي عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: أنهما لم يذكرا الشركة، ولم يذكرا حكم الشركة على الخصوص؛ لأن حكم الشركة على الخصوص، إنما يصير كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه، ولم يذكرا ذلك، فلم تثبت الشركة، لا نصاً ولا اقتضاءً، فثبت وكالة، والتوكيل بشراء مجهول الجنس لا يجوز ما لم يكن الرأي مفوضاً إليه، بخلاف ما لو ذكرا شراءهما؛ لأنهما ذكرا ما هو حكم الشركة على الخصوص، فتثبت الشركة اقتضاء بذكر الحكم.

١٠٤٣٨- والشركة جائزة، وإن كان المشترى مجهول الجنس. قال: وكذلك إذا لم يذكرا للشركة وقتاً، بأن اشتركا على أن ما اشتريا فهو بينهما؛ لأنهما جعلا ما يشتريه كل واحد بينهما، علم أنهما أرادا الشركة؛ لأن الوكالة في العادة لا تقع من الطرفين، والشركة لا تفتقر إلى تسمية ما يشتريانه، ولا إلى ذكر الوقت، بخلاف الوكالة: إذا فوض الرأي إلى الوكيل مطلقاً فيما يشتريانه، مثل أن يقول: ما شتريت من شيء فهو جائز، حيث لا بد فيها من ذكر الوقت، نحو أن يقول: اليوم، أو شهر كذا، أو يذكر مبلغ الثمن، أو نوع ما يشتريه، كالبر والدقيق؛ لأن هذه الوكالة وإن جرى مجرى الشركة بتفويض الذي فيه إلى الوكيل، حتى احتملت الجهالة، إلا أنها وكالة حقيقة، ومن حكم الوكالة الخصوص، حتى إن من قال لغيره: وكلتك في هذا المال، كان وكيلا بالحفظ، إلا أنا لو جوزناه مطلقة من غير تخصيص، جعلناها شركة من كل وجه، وإنها ليست بشركة من كل وجه، فقلنا: إذا وقت المدة، أو سمى النوع، أو الثمن، فقد ظهر معنى الخصوص من وجه، فيجوز، وإن أطلق لا يجوز.

١٠٤٣٩- وفي «المنتقى»: عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: في رجلين قالا: ما اشترينا من شيء فهو بيننا نصفان، فهو جائز، وذكر عين هذه المسألة في موضع آخر من «المنتقى» عن أبي يوسف، وقال: إذا قالا: أردنا بهذا الكلام الشركة، فهو جائز، وإلا فهو باطل.

١٠٤٤٠- وفيه أيضاً: الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: في رجل قال لآخر: ما اشتريت من أصناف التجارة، فهو بيني وبينك، فقبل ذلك صاحبه، فهو جائز، وكذلك إذا قال: اليوم، وما اشترى في ذلك اليوم كان بينهما نصفان، وكذلك لو قال كل واحد منهما لصاحبه، ولم يوقتا.

١٠٤٤١- وكذلك إذا قال: ما اشتريت من الدقيق، فهو بيني وبينك، وليس لواحد منهما أن يبيع حصة صاحبه مما اشترى، إلا بإذن صاحبه؛ لأنهما اشتركا في الشرى، لا في

البيع.

١٠٤٤٢- ولو قال: إن اشتريت اليوم عبداً، فهو بيني وبينك، فالشركة باطلة، ولو قال: عبداً خراسانياً، فهو جائز.

١٠٤٤٣- وفيه أيضاً بشر بن الوليد عن أبي يوسف رحمه الله تعالى. رجل قال لآخر: ما اشتريت من شيء، فهو بيني وبينك [فقال: نعم، قال: هذه الشركة غير مسماة، ولا معلومة. وإن قال: ما اشتريت اليوم من شيء، فهو بيني وبينك][1]، فهذا جائز، وكذلك إن وقت سنة، وإن لم يوقت وقتاً، إلا أنه وقت من المشترى مقداراً، بأن قال: ما اشتريت من الحنطة إلى كذا، فهو بيني وبينك، فهذا جائز.

١٠٤٤٤- وإن سمى صنفاً من النوع، ولم يبين فيه وقتاً من الأيام، ولا من المقدار، وقال: ما اشتريت من الحنطة من قليل، أو كثير، فهو بيني وبينك، ولم يوقت ثمناً، فإن هذا لا يجوز، وكذلك الدقيق والأشياء كلها.

١٠٤٤٥- وكذلك إذا قال: ما اشتريت في وجهك هذا، فبيني وبينك، وقد خرج في وجه، أو قال بالبصرة، فهو باطل، حتى يوقت ثمناً، أو يوماً، أو أياماً.

١٠٤٤٦- إذا قال الرجل لغيره: اشتر عبد فلان بيني وبينك، فقال المأمور: نعم، ثم ذهب، وأشهد وقت الشراء أنه يشتريه لنفسه خاصة، فالعبد بينهما على الشركة؛ لأنه وكيل من جهة الآمر في شراء نصف العبد، والوكيل لا يعزل نفسه بغير علم الموكل.

وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى في «المجرد»: إذا أمره بشرائه، فسكت، ولم يقل: نعم، ولا لا، حتى قال عند الشراء: اشتريت لنفسي، يكون له، ولو قال: أشهدوا أني اشتريته لفلان كما أمرني، ثم اشتراه، كان للآمر، فإن اشتراه، وسكت عند الشراء، ثم قال بعد الشراء: اشتريته لفلان الآمر، كان لفلان إذا كان سليماً. ولو قال ذلك بعدما حدث به عيب، لم يقبل قوله، إلا أن يصدقه الآمر.

١٠٤٤٧- ولو أن رجلاً أمر رجلاً أن يشتري له عبد فلان بينه وبيني، فقال المأمور: نعم، ثم لقيه رجل آخر، فقال: اشترِ عبد فلان بيني وبينك، فقال: نعم، ثم اشتراه المأمور، فهو بين الآمرين، ولا شيء للمأمور من العبد؛ لأن الأول أمره بشراء نصف العبد له، وصار المأمور بحال لا يملك شراء ذلك النصف حال غيبة الآمر، ما بقيت الوكالة، فلا يملك الشراء لغيره من الطريق الأولى، فانصرفت الوكالة الثانية إلى النصف الآخر الذي يملك الوكيل

(١) أثبت هذه الجملة من «ظ» و «م».

ولو قبض النصف دون النصف، فاشترك فيه رجلان، لم يجز فيما لم يقبض، وجاز فيما قبض، وله الخيار في تفرق الصفقة عليه.

١٠٤٥٢ - رجلان اشتريا عبداً، وأشركا فيه رجلاً، فهذه المسألة على وجهين: إما إن اشركاه على التعاقب، بأن قال له أحدهما: أشركتك في هذا العبد، ثم قال له الآخر مثل ذلك، وفي هذا الوجه كان العبد لذلك الرجل، ولكل واحد من الرجلين ربعه، وإن اشتركاه معاً، بأن قالا جملة: أشركنا في هذا العبد، كان للرجل ثلث العبد استحساناً.

١٠٤٥٣ - ولو أشرك أحد الرجلين في نصيبه، ونصيب صاحبه، فأجاز صاحبه، كان لذلك الرجل النصف، وإن لم يجز، فله نصف نصيب المشرك، وهو الربع؛ لأن إشراكه في نصيبه نفذ في الحال، ونصيب الشريك على الإجازة، وعند الإجازة يصير مشركاً له في نصيبه، وكأن كل واحد منهما أشركه في نصيبه بعقد على حدة.

وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى في "النوادر": أن للرجل ثلث العبد إن أجاز شريكاه، وإن لم يجز فله سدس العبد من نصيب المشرك، ووجهه أن الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء، ولو شرك أحدهما في كل العبد بإذن صاحبه، كان للرجل ثلث العبد، كذا هنا.

١٠٤٥٤ - رجل اشترى عبداً وقبضه، فقال له رجل: أشركني فيه، ففعل، ثم لقيه آخر، فقال له مثل ذلك، فإن كان الثاني يعلم بمشاركة الأول، فله ربع العبد، وإن كان لا يعلم، فللثاني نصف العبد، وللأول النصف، وخرج المشتري من البين؛ لأنه إذا لم يعلم بمشاركة الأول، يكون طالباً للإشراك في جميع العبد، وإذا علم، يكون طالباً للإشراك في نصيبه خاصة، وقال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه في "المجرد": للثاني ربع العبد، علم بمشاركة الأول، أو لم يعلم.

١٠٤٥٥ - وإذا اشترى نصف العبد وقبضه، فقال له رجل: أشركني فيه، وهو يرى أنه اشترى الكل، ففعل، فله جميع النصف الذي اشتراه المشتري، وإن كان يعلم أنه اشترى النصف، فله نصفه؛ وهو بناء على ما قلنا في المسألة المتقدمة.

١٠٤٥٦ - ولو كان رجل في يده حنطة يدعيها، فأشرك رجلاً في نصفها، فلم يقبض، حتى احترق نصف الطعام: فإن شاء المشترك أخذ نصف ما بقي، وإن شاء ترك، وكذا البيع في هذا الوجه؛ لأن الشركة والبيع وقع على نصف الطعام، فما هلك يهلك على الحقين، وما بقي يبقى على الحقين، وله الخيار إذا كان قبل القبض لتفرق الصفقة عليه. ولو استحق نصف الطعام اختلف الشركة والبيع، فكان البيع على النصف الباقي، وكان الإشراك في نصف ما لم

يستحق، فكان ذلك النصف بينهما؛ لأن بالاستحقاق تبين أن الطعام كان مشتركًا، والشركة تقتضي التساوي، وإنما يتحقق التساوي إذا كان الباقي بينهما، بخلاف البيع؛ لأن البيع لا يقتضي التساوي فانصرف إلى النصف الباقي.

وفي "النوادر": ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: أن الشركة والبيع سواء، وله النصف، كما في الشركة والبيع جميعاً.

١٠٤٥٧ - وقال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: في رجل قال لآخر: اشتر هذا العبد، وأشركني فيه، فقال: نعم، ثم اشتراه، فهو بينهما، وكذلك قال أبو يوسف، وهذا استحسان.

١٠٤٥٨ - اشترى عبداً بألف، وقبضه، ثم قال لرجل: قد أشركتك، فلم يقل الرجل شيئًا، حتى قال لآخر: أشركتك فيه، ثم قالا: قد قبلنا، فالعبد بينهما. لكل واحد النصف، وخرج المشتري من البين، بمنزلة ما لو قال رجل لآخر: بعتك نصف عبدي هذا بخمس مائة، فلم يقل الرجل شيئًا، حتى قال لآخر: بعتك نصف عبدي هذا بخمس مائة، فقالا: قد قبلنا، كان لكل واحد منهما نصف العبد بخمس مائة

١٠٤٥٩ - اشترى حنطة، وأعطى على طحنها درهمًا، ثم أعطى على خبزها درهمًا، فأشرك رجلاً في الخبز، أعطاه للشرك نصف ثمن الحنطة ونصف النفقة، وكذلك هذا في القطن وغزله وحياكته، وفي السمسم، وعصره، فإذا كان هو الذي طحن وخبز، أو غزل ونسج، ولم يعط عليه أجراً، وباقي المسألة بحالها، فعليه نصف الثمن، لا غير، ولا شيء عليه لعمله، في "المنتقى".

الفصل الثالث
في المفاوضة

١٠٤٦٠ - هذا الفصل يشتمل على أنواع: نوع منه فيما يوجب بطلانها بعد صحتها. إذا اشتريا بأحد المالين[1] شيئًا، ففي القياس تبطل المفاوضة؛ لأن المشتري صار بينهما نصفان، والآخر مختص بملك رأس ماله؛ لأن رأس مال كل واحد منهما قبل الخلط باقٍ على ملكه، فتنعدم المساواة. وفي الاستحسان: لا تبطل المفاوضة، لأن المساواة لا تنعدم؛ لأن الآخر إن ملك نصف المشترى، فقد صار نصف الثمن مستحقًا عليه لصاحبه، أو لأنه وإن انعدم المساواة، فالتحرز عنه غير ممكن عادةً، فإنهما قلَّ ما يجدان شيئًا واحدًا يشتريانه بمالهما، فلا بد من أن يكون المشتري بأحد[2] المالين سابقًا.

١٠٤٦١ - إذا كان رأس مالهما على السواء يوم الشركة، حتى صحت المفاوضة، ثم صار في أحدهما فضل قبل أن يشتريا، بأن ازدادت قيمة أحد المالين بعد عقد المفاوضة قبل الشراء انتقضت المفاوضة؛ لأن عقد الشركة ليس بلازم، فلبقائه حكم الابتداء ما لم يتم المقصود، وإنما يتم المقصود بالشراء، فتجعل الزيادة قبل الشراء بمنزلة الزيادة وقت العقد[3].

وقال محمد رحمه الله تعالى: وكذا إذا اشترى بأحد المالين وزاد الآخر؛ لأن المقصود لم يتم فيما لم يشتر به، فصار كأن الزيادة كانت موجودة فيه في الابتداء، فإن حصل الفضل بعد الشراء، وكذلك إذا وقع الشراء بأحد المالين، وزاد الذي وقع الشراء به بعد ذلك لا تنتقض المفاوضة.

١٠٤٦٢ - وإن هلك أحد المالين، ثم هلك الآخر قبل الشراء، انتقضت الشركة؛ لأنه بقي على ملك صاحبه، وإذا هلك، فقد فات محل العقد، فيبطل العقد.

فإن اشترى الآخر بعد ذلك بماله، ذكر هذه المسألة في الأصل في بعض المواضع أنه

---

(١) وفي ف: بأحد المالين.

(٢) هكذا في ظ وم ور وف، وكان في الأصل ور ... بأحد.

(٣) وفي ف: وبهذا الطريق قلنا: لو زاد أحد المتفاوضين مالم يصح أن يكون رأس مال المشتري قبل الشراء نقضت المفاوضة؛ لأن عقد الشركة ليس بلازم، فلبقائه حكم الابتداء ما لم يتم المقصود بالشراء، فيجعل الزيادة قبل الشراء بمنزلة الزيادة وقت العقد.

نوع منه

في تصرف أحد المفاوضين في مال المفاوضة:

١٠٤٦٨- قال محمد رحمه الله تعالى: لكل واحد من المتفاوضين أن يشتري بجنس ما في يده، حتى إذا كان ما في يده [مكيلا أو موزونا، فاشترى بمثل الجنس، جاز، وإن اشترى بما ليس في يده][1] من ذلك الجنس، بأن اشترى بالدنانير أو الدراهم، وليس في يده دراهم ولا دنانير، كان المشترى خاصة للمشتري، ولا يجوز شراءه على الشركة، إذ لو جاز ذلك، يزيد مال الشركة على مال انعقدت به الشركة، والشريك لم يرض بذلك، فأما إذا كان في يده من جنس ذلك المال، فهذا ليس باستدانة.

١٠٤٦٩- وروي عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: إذا كانت في يده دنانير، فاشترى بدراهم، جاز؛ لأنهما كالنقد الواحد، فكأنه اشترى بجنس ما في يده.

١٠٤٧٠- وفي الأصل: لأحد المتفاوضين أن يكاتب عبدا من تجارتهما، وله أن يأذن له في التجارة، أو في أداء الغلة، أما الإذن في التجارة، وأداء الغلة، فلأنه من جملة التجارة، وأما الكتابة؛ فلأنها اكتساب، ولهذا ملكها الأب، والوصي في مال اليتيم، واكتساب المال داخل تحت المفاوضة كالتجارة، وليس له أن يعتق عبدا من تجارتهما على مال؛ لأن العتق على مال ليس بتجارة، ولا هو اكتساب المال؛ لأن المال يكون دينا في ذمة مفلس.

١٠٤٧١- وله أن يزوج أمة من تجارتهما، وليس له أن يزوج عبدا من تجارتهما؛ لأن تزويج الأمة اكتساب المال، بخلاف تزويج العبد.

وإن زوج أمة من تجارتهما عبدا من تجارتهما، لا يجوز استحسانا عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى، وكذلك المكاتب إذا زوج أمة من كسبه عبدا من كسبه لا يجوز استحسانا، وكذلك إذا زوج أمة اليتيم من عبد اليتيم استحسانا.

وله أن يشارك رجلا شركة عنان ببعض مال، ويجوز عليه وعلى شريكه، سواء بإذن شريكه أو بغير إذن شريكه.

١٠٤٧٢- في المنتقى: عن محمد رحمه الله تعالى: إذا شارك شركة مفاوضة بغير محضر من صاحبه، كان عنانا، لا مفاوضة، وإن فعل ذلك بحضرة شريكه، وشريكه يقول: لا أرضى، فهذه مفاوضة بين الأولين، والذي فاوض بينهما مفاوض لمدى فاوضه، وإن شاركه شركة مفاوضة، إن كان بإذن شريكه، جاز، مفاوضة عليهما، وإن كان بغير إذن

---

[1] ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

شريكه، لم يكن مفاوضة، وكانت عنانًا، وليس له أن يفاوض، هكذا ذكر شيخ الإسلام في باب بضاعة المفاوض.

وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في هذا الباب: أن له أن يفاوض، وذكر محمد هذا، وقال أبو يوسف: لا يجوز للمفاوض أن يفاوض.

١٠٤٧٣ - في «المنتقى» عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: في متفاوضين شارك أحدهما رجلًا شركة عنان في الرقيق، فهو جائز، وما اشترى هذا الشريك من الرقيق، فنصفه للمشتري، ونصفه بين المتفاوضين نصفين؛ لأن شركة أحد المتفاوضين جائزة عليهما.

ولو أن المفاوض الذي لم يشاركه اشترى عبدًا، كان نصفه لشريكه، ونصفه بين المتفاوضين نصفين، ويجوز له أن يرهن من مال المفاوضة بدين على المفاوضة؛ لأن الرهن إيفاء.

١٠٤٧٤ - وكذلك لو رهن متاعًا من خاصته بدين المفاوضة، ولم يكن متبرعًا، ويرجع على شريكه بنصف الدين، إن كان الرهن قد هلك في يد المرتهن، ولو كان الدين على أحد المتفاوضين خاصة من مهر امرأته، وأرش جنايته، ورهن بذلك مالًا من تجارتهما، فإن ذلك جائز عليه، وعلى شريكه حتى لم يكن لشريكه أن يسترده من يد المرتهن.

١٠٤٧٥ - وإذا هلك الرهن في يد المرتهن، رجع عليه شريكه بنصف الدين [ولا يرجع بالزيادة على قدر الدين؛ لأن الزيادة على قدر الدين أمانة، ولأحد المتفاوضين أن يودع، وإن كان الدين](١) من تجارتهما على رجل، فارتهن به أحدهما، فهو جائز، سواء كان هو الذي ولي المبايعة، أو صاحبه؛ لأن الارتهان استيفاء.

١٠٤٧٦ - وكل واحد من المتفاوضين وكيل عن صاحبه في استيفاء الدين الواجب بتجارته، ولأحد المتفاوضين أن يعير مال المفاوضة، وأن يهدي الطعام المهيأ من مال المفاوضة، وأن يدعو إليه استحسانًا، يريد بقوله: يدعو إليه، بأن يتخذ دعوة، وإنما كان له ذلك؛ لأنه من صنيع التجار، والتجار لا يجدون بدًا منه، ألا ترى أن العبد المأذون يملك ذلك.

ولم يقدر في الدعوة تقديرًا، وقد قال: إن المكاتب يتصدق بما دون الدرهم، فمن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: التقدير في الصدقة تقدير في الضيافة، ومنهم من فرق بينهما، فقال: الصدقة بما دون الدرهم تكون، فأما اتخاذ الضيافة، والإهداء فلا يكون بما دون الدرهم، فقد تقع الحاجة إلى الإهداء إلى الجماعة، وإلى اتخاذ الدعوة للجماعة، فكان التقدير مفوضًا إلى العرف، فما يعده التجار فيما بينهم سرفًا، لا يملكه المفاوض، وما لا يعده

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

التجار فيما بينهم سرفًا، يملكه المفاوض.

١٠٤٧٧ ثم إنما يملك الإهداء بالمأكول من الفاكهة، واللحم، والخبز [ولا يملك][1] الإهداء بالذهب والفضة؛ لأنا إنما أدخلنا الإهداء في الشركة بعرف التجار، وعرفهم في إهداء المأكول.

ثم ذكر اللحم في الكتاب، ولم يفصل بين المشوي والنيء، فمن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: أراد به المشوي، إلا أن محمدًا رحمه الله تعالى أطلق ولم يقيد.

١٠٤٧٨ - وإذا أعار أحد المتفاوضين دابة من المفاوضة من رجل، فركبها المستعير، ثم اختلفا في الموضع الذي ركبها إليه، وقد عطبت الدابة، فقال أحدهما: أنا المعير، وأما شريكه أنه جاوز الوقت، وقال الآخر: إنه لم يجاوزه، وكانت الإعارة إلى هذا المكان، فلا ضمان على المستعير؛ لأن قول أحدهما في ما يدخل تحت المفاوضة [كقولهما، والإعارة دخلت تحت المفاوضة][2]، فصار قول أحدهما: إن الإعارة إلى هذا المكان كقولهما.

ولو قالا: الإعارة كانت إلى هذا المكان، لا ضمان على المستعير، كذا هنا.

١٠٤٧٩ - ولأحد المتفاوضين أن يودع مال المفاوضة؛ لأنه من توابع التجارة.

١٠٤٨٠ - فإن ادعى المودع أنه قد ردها إليه، أو إلى صاحبه، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه مسلط على الرد على كل واحد منهما، فإنه كما يقوم أحدهما مقام صاحبه في الإيداع، فكذا في استرداده، فإن جحد الذي ادعى عليه ذلك، لم يضمن شريكه بقول المودع؛ لأن بقول المودع يثبت الدفع إليه في حق براءة المودع عن الضمان، لا في حق إيجاب الضمان على المدفوع إليه، ولكن يحلف بالله ما قبضه؛ لأن شريكه يدعي عليه ضمان نفسه، وجحوده القبض.

١٠٤٨١ - قال: ولو مات أحدهما، ثم ادعى المستودع أنه قد كان دفعها إلى الميت منهما، فلا ضمان على المودع؛ لأنه بقي أمينًا بعد قول الأمين، وقول الأمين في رد الأمانة مقبول. وإن ادعى أنه دفعها إلى ورثة الميت منهما، فكذبوه، وحلفوه على دعواه[3]، فهو ضامن بالنصف حصة الحي من ذلك؛ لأن في نصيب الميت إن كان له حق الدفع إلى ورثته، فأما ليس له أن يدفع نصيب الحي إلى ورثة الميت؛ لأن ورثة الميت خلف الميت في حقه خاصة.

---

(١) هكذا في النسخ، وكان في الأصل: ولا تمليك.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م ر ف.

(٣) وفي "ط": دعواهما.

١٠٤٨٢ - وليس لأحدهما أن يقرض شيئاً من مال المفاوضة في ظاهر الرواية، قالوا: وينبغي أن يكون له الإقراض بما لا خطر لمثله فيه، وذكر الحسن: أن على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه لأحد المتفاوضين أن يقرض مال المفاوضة من رجل ويأخذ منه سفتجة له، وله أن يبضع، وأن يدفع المال مضاربة، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه ليس له أن يدفع المال مضاربة.

وإن أبضع أحدهما، ثم اتفق المتفاوضان أن يتناقضا المفاوضة، ثم اشترى المستبضع بالبضاعة شيئاً، فإن علم بتفرقهما، فالمشتري للمستبضع وحده، وإن لم يعلم بتفرقهما، كان المشتري للمستبضع والشريك؛ لأن الإبضاع توكيل، وصح ذلك من أحدهما عليهما، والافتراق عزل منهما إياه، وحكم العزل [قصداً لا يثبت](١) في حق الوكيل قبل علمه.

١٠٤٨٣ - قال القدوري: وليس لأحد المتفاوضين أن يسافر بالمال بغير إذن شريكه، في الصحيح من مذهب أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وروي عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: أن له ذلك، وهو قول أبي يوسف، وروي عن أبي يوسف: أنه فرق بين ما له حمل ومؤنة، وما لا حمل له، ولا مؤنة، فجوز المسافرة بما لا حمل له، ولا مؤنة.

ثم إذا سافر على قول من جوز المسافرة، أو أذن له الشريك بذلك، فله أن ينفق على نفسه في كرائه، ونفقته وطعامه وإدامه من جملة رأس المال، روى ذلك الحسن عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، فإن ربح حسبت النفقة من الربح، وإن لم يربح كانت النفقة من رأس المال. وإنما وجبت النفقة في مال الشركة للعرف الظاهر فيما بين التجار في الإنفاق من مال الشركة، إذا كان السفر لأجل مال الشركة.

نوع آخر منه في تصرف أحد المتفاوضين في عقد صاحبه وفيما وجب بعقد صاحبه:

١٠٤٨٤ - إذا أقال أحدهما في بيع باعه الآخر، جازت الإقالة عليهما، وكذلك إذا أقال أحدهما في سلم باشره صاحبه؛ لأن الإقالة بمعنى البيع في تحصيل الربح، فإن الربح قد يحصل بالعقد مرة، وبالإقالة أخرى، فإذا نفذ عقد أحدهما على صاحبه، فكذا الإقالة.

١٠٤٨٥ - وإذا باع أحد المتفاوضين شيئاً بالنسيئة، ثم افترقا، فليس للآخر أن يطالب المشتري بشيء؛ لأنه لو طالبه طالبه بحكم الشركة؛ لأنه ليس بعاقد، والشركة انقطعت

(١) هكذا في ف، وكان في الأصل و ظ و م: [illegible] لا يثبت.

والموت، ولكن لو دفع نصف الثمن إليه، برئ منه استحساناً؛ لأنه ملكه. ألا ترى أن المشتري لو دفع الثمن إلى الموكل، برئ منه استحساناً، كذا ههنا.

ولو باع أحد المتفاوضين شيئاً من مال تجارتهما، ثم إن البائع وهب الثمن من المشتري، أو أبرأه منه، جاز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، ويضمن نصيب شريكه، وقال أبو يوسف: يجوز في حصته خاصة، كالوكيل الحاضر إذا وهب الثمن من المشتري، أو أبرأه منه، وإن وهبه الآخر، أو أبرأه منه، جاز [استحساناً](1) في نصيبه، ولم يجز في نصيب صاحبه إجماعاً.

١٠٤٨٦- وإذا أخر أحد المتفاوضين ديناً وجب لهما، جاز تأخيره في نصيبه، وفي نصيب صاحبه بالإجماع، سواء وجب الدين بعقد المؤخر، أو بعقدهما؛ لأن التأخير من توابع التجارة [ولا يجد التاجر منه بداً، وقد جعل فعل أحدهما في التجارة كفعلهما، هكذا في توابع التجارة](2).

١٠٤٨٧- وذكر في المنتقى: وإذا كان على المتفاوضين دين إلى أجل، فأبطل أحدهما الأجل، بطل، وحل المال عليهما جميعاً، ولو مات أحدهما، حل على الميت حصته، ولم يحل على الآخر؛ لأن موت أحدهما يبطل المفاوضة، فإنما حل المال على الميت بعد انتقاض المفاوضة.

١٠٤٨٨- وفيه أيضاً: المعلى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا كان لرجل على المتفاوضين مال، فأبرأ أحدهما عن حصته، فهما بريئان جميعاً من المال كله.

١٠٤٨٩- وإذا اشترى أحدهما شيئاً من تجارتهما، فوجد الآخر به عيباً، كان له أن يرده بالعيب على أيهما شاء؛ لأن شراء أحدهما جعل كشرائهما حكماً، فكان للآخر أن يرده، كما لو وجد الشراء منه حقيقة.

١٠٤٩٠- وكذلك لو باع أحدهما شيئاً من شركتهما، ثم وجد المشتري به عيباً، كان للمشتري أن يرده بالعيب على الشريك الآخر؛ لأن البيع وجد من الآخر حكماً.

١٠٤٩١- ولو وكل أحد المتفاوضين رجلاً أن يشتري جارية بعينها، أو بغير عينها بثمن مسمى، ثم إن الآخر نهى الوكيل عن ذلك، فنهيه جائز؛ لأن عزل الوكيل من صنيع التجار، كالتوكيل، ثم جعل فعل أحدهما في التوكيل كفعلهما، فكذا في العزل، فإن اشتراها الوكيل

(١) أثبت هذه الكلمة من ف.

(٢) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وأثبتناه من ظ وب ف.

بعد ذلك فهو مشترٍ لنفسه ؛ لأن الوكالة قد بطلت بعزل أحدهما إياه ، وإن لم ينهه عن ذلك حتى اشتراها ، كان مشتريًا لهما جميعًا ، ويرجع بالثمن على أيهما [شاء] .

١٠٤٩٢ - إذا باع أحد المتفاوضين شيئًا من متاع المفاوضة ، ثم افترقا ، ولم يعلم المشتري بافتراقهما ، كان له أن يدفع جميع الثمن إلى أيهما شاء ؛ لأن المشتري صار وكيلًا من جهة العاقد بتسليم جميع ما عليه إلى شريكه حالة المفاوضة ، وافتراقهما عن المفاوضة عزل له عن ذلك ، فلا يعمل بدون علمه ، وإن علم بذلك ، لم يكن له أن يدفع جميع الثمن إلا إلى العاقد ، ولو دفع إلى الشريك الآخر ، برئ عن النصف .

١٠٤٩٣ - ولو وجد المشتري بالعبد عيبًا ، لم يرده إلا على العاقد ؛ لأن الرد على الآخر حال قيام المفاوضة ، وقد انقطعت المفاوضة .

١٠٤٩٤ - وإن خاصم المشتري البائع في العيب حال قيام المفاوضة ، ورد عليه ، وقضي له بالثمن ، أو بنقصان العيب عند تعذر الرد ، ثم افترقا ، كان له أن يأخذ أيهما شاء ؛ لأن هذا دين لزم أحدهما حال قيام الشركة ، وصار الآخر مطالبًا بحكم الكفالة ، فلا يبطل حق صاحب الدين بالمفارقة .

١٠٤٩٥ - ولو استحق العبد بعد الافتراق ، وقد كان نقد الثمن كله قبل الافتراق ، فللمشتري أن يرجع بالثمن على أيهما شاء ؛ بخلاف الرد ، فإن الرد بالعيب لو حصل بعد المفارقة ، يرجع المشتري بالثمن على البائع ، ولا يرجع على الشريك الآخر .

والفرق في أن الاستحقاق تبين أن الثمن كان واجبًا قبل الافتراق ؛ لأنه قبض ما ليس له قبضه ، وما يجب على أحدهما في المفاوضة ، يطالب الآخر به بعد المفارقة [أما بالرد لا يتبين أن الثمن كان واجبًا قبل المفارقة ، وإنما يجب بعد المفارقة] [1] مقصورًا على حالة الرد ، وما يجب بعد المفارقة على أحدهما ، لا يطالب به الشريك الآخر .

١٠٤٩٦ - ولو آجر أحد المتفاوضين عبدًا من تجارتهما ، كان للشريك الآخر أن يطالب المستأجر بالأجر ؛ لما ذكرنا أن فعل أحدهما فيما هو تجارة بمنزلة فعلهما ، وللمستأجر أن يطالب الشريك الآخر بتسليم العبد ؛ لأن التسليم مضمون على الآخر بعقد التجارة ، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بعقد التجارة .

١٠٤٩٧ - وإن آجر أحدهما عبدًا له خاصة من الميراث ، لم يكن [للآخر] [2] أن يطالب

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

(٢) كذا في نسخة ظ ، وكان في الأصل : لم يكن للآجر .

ليستأجر بالأجر؛ لأن عمل أحدهما إنما حصل بكفلهما فيما هو من شركتهما، ألا ترى أنه لو باع هذا العبد، لم يكن للآخر أن يأخذ الثمن، كذا هنا.

نوع آخر منه فيما يلزم كل واحد من المتفاوضين بحكم الكفالة عن صاحبه:

١٠٤٩٨ - وإذا أقر أحد المتفاوضين بدين التجارة، جاز إقراره عليه، وعلى شريكه، وللمقر له أن يطالب أيهما شاء، المقر بحكم إقراره، والشريك بحكم الكفالة، وكذلك ما يلزم أحدهما من دين في عقد تجارة، كالبيع والشراء، والاستئجار، يلزم صاحبه بحكم الكفالة، وكذلك البيوع الفاسدة، فأما ما يلزم أحدهما من ضمان غصب، أو استهلاك، أو خلاف في وديعة، أو عارية، لزم شريكه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وكذا الإقرار بذلك، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لا يلزم الشريك؛ لأن هذا ضمان وجب بسبب الخيانة، فشابه ضمان الجناية على الآدمي [ثم ما وجب على أحد المتفاوضين من ضمان الجناية على الآدمي](١) عمداً أو خطأ، لا يؤاخذ به شريكه، فكذا هنا.

١٠٤٩٩ - وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يقولان: بأن ضمان الغصب يجري مجرى ضمان التجارات؛ لأنه يثبت الملك في المغصوب ببدل، وكذلك ضمان المستهلكات، ومن هذا الوجه يصح إقرار العبد المأذون، والصبي المأذون، والمكاتب بذلك، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه في ضمان التجارات، بخلاف ضمان الجناية؛ لأنه لا يثبت الملك في المضمون، فلم يكن من جنس ضمان التجارة، إلا أن قرار الضمان على الغاصب والمستهلك، حتى لو أدى شريكه الغاصب ذلك من خالص ملكه، يرجع بجميعه على الغاصب، وإن أدى من مال الشركة، رجع بنصفه على الغاصب؛ لأن منفعة الغصب حاصل للغاصب على الخصوص، وهو إثبات اليد والتمكن من الانتفاع، بخلاف الشرى الفاسد، فإن هناك لا يكون قرار الضمان على المشتري خاصة، بل يكون عليهما؛ لأن منفعة الشرى الفاسد وهو الملك حاصلة لهما.

١٠٥٠٠ - ولو كفل أحدهما بمال عن غيره، فذلك لازم لشريكه في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لا يلزم الشريك؛ لأن الكفالة تبرع، ولهذا لا تصح من المأذون والمكاتب، وإذا حصل من المريض، يعتبر من الثلث،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ، ز، وف.

وكل واحد منهما ليس بكفيل عن صاحبه في الشرعيات. ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن الكفالة تبرع ابتداء معاوضة انتهاء؛ لأنها متى وقعت وصحت تنقلب معاوضة، ألا ترى أن الكفيل يرجع بما أدى على المكفول عنه إذا كفل بأمره؟ ولكونه تبرعاً وقت عقد لم يصح من العبد والصبي، وإذا وقعت صحيحة، ووقع الفراغ عن اعتبار معنى التبرع، ووجب اعتبار معنى البقاء ظهر معنى المفاوضة، فيلزم بحكم الكفالة.

١٠٥٠١ - ولو كفل أحدهما بنفس، لم يؤخذ بذلك شريكه في قولهم جميعاً؛ لأنه لا يظهر معنى المفاوضة فيها.

١٠٥٠٢ - وإذا تزوج أحد المتفاوضين امرأة، لا يؤخذ شريكه بالمهر؛ لأن النكاح ليس بتجارة، ولا اكتساب مال، فلا تظهر الكفالة في حقه، وكذلك لو صالحه عن دم عمد لا يلزم الشريك من ذلك شيء.

١٠٥٠٣ - ولو كفل أحد المتفاوضين عن رجل بمهر، أو أرش جناية، فهو بمنزلة كفالة بدين آخر، لا يؤخذ به؛ لأن الواجب على المفاوض في هذه الصورة بسبب الكفالة، لا بسبب جناية والنكاح، والكفالة عقد مفاوضة.

١٠٥٠٤ - ولو أقر أحد المتفاوضين لمن لا تقبل شهادته له بدين، بأن أقر لابنه، أو لأبيه، أو لأمه، وما أشبه ذلك، لم يصح إقراره في حق شريكه، حتى لا يؤاخذ به شريكه في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وعندهما يجوز إقراره في حقه، وفي حق شريكه، ما خلا عبده، ومكاتبه. وقول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أظهر؛ لأنه متهم في حق هؤلاء، ولهذا لا تجوز شهادته لهم، ألا ترى أنه لا يصح إقراره لعبده، ومكاتبه على شريكه، وإنما لا يصح لما قلنا من التهمة.

١٠٥٠٥ - وإذا افترق المتفاوضان، ثم قال أحدهما: كنت كاتبت هذا العبد في الشركة، لم يصدق على ذلك في حق الشريك؛ لأنه أقر بما لا يملك إنشاءه للحال، ولكن يصدق في نصيبه، ويحلف بعد ذلك على علمه؛ لأنه لو أقر بما أقر به شريكه، صار كل العبد مكاتباً، فإذا أنكر، يستحلف. وإن قال: كنت أعتقت هذا في الشركة، صح إقراره في نصيبه، ولكن لا يستحلف الآخر ههنا؛ لأنه لو أنشأ العتق في حال بقاء الشركة، لا ينفذ عتاقه في نصيب شريكه، فكذا إذا أقر بعد الافتراق، بخلاف الكتابة.

١٠٥٠٦ - رجل سلم ثوباً إلى خياط ليخيطه بنفسه، والخياط شريك في الخياطة شركة مفاوضة، ثم افترقا، فلرب الثوب أن يأخذ الشريك الآخر بالخياطة؛ لأنه لو أخذ أحد

معنى الكفالة، والكفالة ههنا لا تصح؛ لأن هذه كفالة بخياطة رجل بعينه، وهذا بخلاف ما لو لم يشترط عليه أن يخيطه بنفسه، ثم افترقا، فإنه يؤخذ الشريك الآخر بالخياطة بحكم الكفالة.

قال شيخ الإسلام رحمه الله تعالى في تعليل المسألة الأولى: وبهذا لم يكن لرب الثوب أن يطالب الشريك الآخر بالخياطة حال قيام المفاوضة، فبعد الافتراق أولى.

ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى أن لصاحب الثوب أن يطالب بالعمل أيهما شاء، ما بقيت المفاوضة، قال: لأنه ما بقيت المفاوضة، فهما كشخص واحد، وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه؛ لأن المساواة التي هي معنى المفاوضة [لا تتحقق إلا به، فلا تظهر معنى الكفالة ما بقيت المفاوضة][1]، وإنما تظهر بعد الفرقة، فلا جرم بعد الفرقة، لا يطالب الشريك الآخر بالخياطة؛ لأن الوجه الذي لأجله يطالب وهي الشركة قد انقضت، وإنما بقي معنى الكفالة، والكفالة ههنا غير صحيحة.

١٠٥٠٧- وإذا استأجر أحد المتفاوضين أجيراً في تجارتهما، أو في عملهما، فللأجير أن يأخذ أيهما شاء بالأجر، وكذلك إذا استأجر أحدهما أجيراً في شيء من أمره خاصة، كان للأجير أن يطالب أيهما شاء.

١٠٥٠٨- ولو آجر أحد المتفاوضين نفسه لحفظ شيء، أو لخياطة ثوب، فالأجر بينهما، ولو آجر نفسه للخدمة، فالأجر له خاصة، وكذا إذا آجر عبداً خاصاً له، بأن كان موروثاً، فالأجر له خاصة، والوجه في ذلك أن في إجارة نفسه للخياطة، وما أشبه ذلك من أعمال الأجر، إنما يستوجب الأجر بتقبل ذلك العمل، وتقبله صحيح منه في حق صاحبه، فما يجب بسببه يكون بينهما، وفي إجارة نفسه للخدمة الأجر يجب بتسليم النفس، ونفسه ليس من شركتهما، كما أن العبد الموروث ليس من شركتهما والله أعلم.

نوع آخر منه

في استحلاف كل واحد من المتفاوضين الدعوة على صاحبه:

١٠٥٠٩- إذا ادعى رجل على أحد المتفاوضين أنه باعه كذا وكذا، وجحد المدعى عليه، وحلفه القاضي، ثم أن المدعي أراد استحلاف الشريك الآخر، فالقاضي يستحلفه على علمه؛ لأن كل واحد منهما لو أقر بما ادعاه المدعي، كان إقراره ملزماً للآخر، فإذا أنكر،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من بقية النسخ.

يستحلف رجاء النكول الذي هو إقرار ؛ لأن المدعى عليه البيع يستحلف على فعل نفسه، فيحلف على البتات، والآخر يحلف على فعل الغير، فيحلف على العلم، وأيهما نكل عن اليمين، قضى بالمدعى للمشتري بالثمن الذي ادعاه؛ لأن النكول إقرار، وإقرار أحدهما بالمبايعة ملزم إياهما.

١٠٥١٠- وكذلك كل ما كان من أعمال التجارة: إذا ادعاه رجل على أحدهما، وحلف القاضي المدعى عليه ذلك، كان للمدعي أن يحلف الآخر؛ لأن فيما كان من أفعال التجارة، فعل أحدهما كفعلهما، وإقرار كل واحد منهما ملزم الآخر، فيحلف كل واحد منهما بدعوى المدعي، رجاء النكول الذي هو إقرار. فأما ما ليس من أعمال التجارة إذا ادعاه رجل على أحدهما [لا يحلف الشريك الآخر عليه؛ لأن فيما ليس من أعمال التجارة، إذا ادعاه رجل على أحدهما][١] لا يلزم الآخر، فلا يكون في استحلاف الآخر فائدة.

١٠٥١١- وإن كان أحد المتفاوضين ادعى شيئاً من أعمال التجارة على رجل، وجحد المدعى عليه، وحلفه القاضي على ذلك، ثم أراد المفاوض الآخر أن يحلفه على ذلك، فليس له ذلك، فقد جعل استحلاف أحد المتفاوضين كاستحلافهما، ولم يجعل حلف أحد المتفاوضين في المسألة الأولى كحلفهما، والفرق أن النيابة تجري في الاستحلاف ولا تجري في الحلف.

نوع آخر

في شري أحد المتفاوضين شيئاً خاصة نفسه:

١٠٥١٢- قال في «الأصل»: وكل ما اشترى أحد المتفاوضين من التجارة وغيرها، فهو بينه وبين شريكه؛ لأن شراء أحدهما بحكم المفاوضة كشرائهما، إلا أني أستحسن في كسوته، وكسوة عياله، وقوتهم من الطعام والإدام أن يكون له خاصة دون شريكه؛ لأن هذا مستثنى عن قضية المفاوضة لمكان الضرورة، وللبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء؛ لأن كل واحد منهما بحكم المفاوضة صار كفيلاً عن صاحبه فيما يلزمه بسبب الشرى.

وإذا أدى أحدهما ذلك من مال الشركة [يرجع الشريك الآخر على المشتري بنصفه؛ لأن الثمن كان عليه خاصة، وقد قضى ذلك من مال الشركة][٢].

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

١٠٥١٣ - وإن اشترى أحد المتفاوضين جارية خاصة لنفسه ليطأها، فإن اشتراها بغير أمر الشريك فهي بينهما، وليس له أن يطأها؛ لأن هذا الشرى غير مستثنى عن الشركة؛ لأنه لا ضرورة فيه، فبقي داخلا تحت عموم عقد المفاوضة.

وإن كان شراها بأمر الشريك، فهي له خاصة استحساناً، وللبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء، كما لو اشترى طعاماً، أو كسوة لأهله، ويكون إقرار الثمن على المشترى، حتى لو أدى أحدهما الثمن من مال الشركة، كان للشريك الآخر أن يرجع بنصف ذلك على المشتري، هكذا ذكر في كتاب الشركة ولم يحك خلافاً.

وذكر في "الجامع الصغير": أن على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه الجارية للمشتري بلا ثمن، وله أن يطأها، وأيهما نقد الثمن من مال الشركة، فلا رجوع على المشترى، وتبين بما ذكر في "الجامع الصغير": أن ما ذكر في كتاب الشركة قولهما.

لهما يقولان: الشراء وقع له خاصة، والأداء حصل من مال الشركة، فيرجع عليه شريكه بنصف ذلك، كما في الطعام، والكسوة. بيانه أنه لما اشتراها بإذن صاحبه لنفسه، فقد صارت ملحقة بما لا بد منه، وهو الكسوة والطعام، وهذا لأن الحاجة إلى الوطء كافية، إلا أنها ليست بلازمة، فإذا أذن له في ذلك، فقد ألحقها[1] بالطعام والكسوة، وصار ذلك مستثنى عن عقد الشركة، فيكون الشراء واقعاً له خاصة [ويكون الثمن عليه خاصة، كما في الطعام والكسوة][2].

ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن الشراء وقع على الشركة، والأداء حصل من مال الشركة، فلا يكون للشريك حق الرجوع على المشترى، كما لو اشتراها بغير إذن الشريك.

بيانه: وهو أن قضية المفاوضة أن كل ما يتصور أن يكون على الشركة يقع شراءه عن الشركة، إلا فيما تمس الضرورة إليه، ولا ضرورة في الجارية، فوقع شراءها على الشركة. وإنما صارت الجارية خاصًا له، وحل له وطءها؛ [لا][3] لأن الشراء وقع له على الخصوص، بل لأن المشترى يملك نصيب الشريك بعد الشراء بتمليك من جهته، وهذا التمليك يثبت في ضمن الإذن بالوطء؛ لأن مع وقوع الشراء على الشركة لا يحل للمشترى وطءها إلا بعد تمليك الإذن نصيبه منه بطريق الهبة، فاقتضى الإذن بالوطء شرطه، وهو الهبة، وتصح الهبة من غير

---

(١) كذا في نسخة "ظ"، وكان في الأصل: فقد ألحقاها.

(٢) أثبت هذه العبارة من "م".

(٣) أثبت من نسخة "ظ".

قائمة، كما يثبت البيع في قوله: أعتق عبدك عني على ألف من غير إيجاب وقبول، ويصير تقديره كأن الآذن قال له: اشتر هذه الجارية على الشركة، ثم قد ملكتك نصيبي بالهبة، فإذا اشترى، وقبض، تثبت الهبة. بخلاف الطعام والكسوة؛ لأن ذلك مستثنى من قضية الشركة بحكم الضرورة، فكان الملك واقعاً للمشتري خاصة بنفس الشراء، فيكون الثمن عليه.

١٠٥١٤ - وإن كان اشتراها بإذن شريكه، ووطئها، ثم استحقت، فللمستحق أن يأخذ بالعقر أيهما شاء؛ لأن العقر دين، وجب بسبب التجارة، لأنه لولا الشراء لكان الواجب الحد، بخلاف المهر في النكاح الصحيح والفاسد.

١٠٥١٥ - في «العيون»: إذا قال أحد المتفاوضين لصاحبه: إني أريد أن أشتري هذه الجارية لنفسي، فسكت [شريكه، فاشتراها، لا تكون له ما لم يقل شريكه: نعم، والفرق بين هذا وبين الوكيل بشراء جارية بعينها، إذا قال للموكل: إني أريد أن أشتري تلك الجارية لنفسي، فسكت الموكل](1)، فاشتراها الوكيل لنفسه، فإنها تكون له.

والفرق أن أحد المتفاوضين لا يملك عزل نفسه بغير موجب المفاوضة إلا برضا صاحبه، وفي الرضا احتمال، والوكيل بالشراء يملك عزل نفسه بعلم الموكل، رضي الموكل أو سخط، وقد وجد العلم.

١٠٥١٦ - وإذا باع أحد المتفاوضين من صاحبه ثوباً من الشركة ليقطعه قميصاً لنفسه، جاز، بخلاف ما إذا باع أحدهما من صاحبه شيئاً من الشركة لأجل التجارة، حيث لا يجوز؛ لأن البيع في الفصل الثاني غير مفيد؛ لأن المبيع قبل هذا البيع كان مشتركاً، وبعد هذا البيع يكون كذلك، وما لا يفيد، لا يرد الشرع به، أما في الفصل الأول فالبيع مفيد؛ لأن بعد البيع يختص المشتري بملكه، وقبل البيع [كان هو على الشركة. وكذلك لو باعه جارية ليطأها، أو طعاماً ليجعله رزقاً لأهله، صح البيع](2)؛ لأنه مفيد، ويكون نصف الثمن للبائع، والنصف للمشتري، كما لو باع من غيره.

١٠٥١٧ - ولو كان لأحدهما عبد ميراث، فاشتراه الآخر للتجارة، كان جائزاً، وكذلك لو كان لأحدهما أمة ميراث، فاشتراها الآخر ليطأها، كان الشراء جائزاً؛ لأنه مفيد، وهي له خاصة استحساناً، والثمن عليه، بخلاف ما إذا اشترى جارية ليطأها بإذن شريكه، فإن الثمن يكون عليهما؛ لأن إيجاب الثمن عليهما إذا كان البائع أحدهما متعذر؛ لأنه يصير كالبائع من

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

نفسه، وإنه لا يجوز.

نوع منه
في جحود المتفاوضين وما يتصل بذلك

١٠٥١٨- قال محمد رحمه الله تعالى في "الأصل": ادعى رجل على رجل أنه شاركه شركة مفاوضة، والمال في يد الجاحد، فالقول قول الجاحد مع يمينه، وعلى المدعي البينة، فإن جاء المدعي ببينة يشهدون على دعواه، فهذا على وجوه:

إما أن يشهدوا أنه مفاوضة، وأن المال الذي في يده بينهما، أو شهدوا أنه مفاوضة، وأن المال الذي في يده من شركتهما، وفي هذين الوجهين تقبل البينة، ويقضي بالمال الذي في يده بينهما نصفان، وهذا ظاهر.

١٠٥١٩- وأما إن شهدوا أنه مفاوضة، وأن المال في يده، وفي هذا الوجه يقضي بالمال بينهما نصفين أيضاً، سواء شهدوا بذلك في مجلس الدعوى، أو بعد ما تفرقا عن مجلس الدعوى. إن شهدوا في مجلس الدعوى فظاهر؛ لأنه يثبت المفاوضة بشهادتهما، ويثبت كون المال في يد الجاحد حال قيام المفاوضة بالمعاينة، وهذا لأن المفاوضة وإن انفسخت بإنكار المدعى عليه، إلا أن المال كان في يده قبل الإنكار، وقبل الإنكار الحال حال قيام المفاوضة [وما في يد أحد المتفاوضين على قيام المفاوضة يكون بينهما نصفان قضية لعقد المفاوضة][1]، وهو التساوي.

وأما إذا شهدوا بعد الافتراق عن مجلس الدعوى، فلأن معنى قولهم: وإن المال في يده حال قيام المفاوضة لا للحال؛ لأن اليد للحال ثابتة معاينة، لا حاجة إلى إثباتها بالشهادة، وإذا كان معنى قولهم: وأن المال في يده ما قلنا، تثبت المفاوضة، وكون المال في يده حال قيام المفاوضة بالشهادة، وما في يد أحد المتفاوضين حال قيام المفاوضة يكون بينهما.

وأما إن شهدوا أنه مفاوضة، ولم يزيدوا على هذا، وفي هذا الوجه ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرحه أنه تقبل بينته، ويقضى بالمال بينهما، وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى في "الكتاب" بعد هذه المسألة، وذكر شيخ الإسلام أنهم إن شهدوا في مجلس الدعوى تقبل الشهادة، ويقضي بالمال بينهما نصفان؛ لأنه ثبت بهذه الشهادة المفاوضة، وعرف كون المال في يده حال قيام المفاوضة بالمعاينة.

(١) أثبتت هذه العبارة من "ظ" و"م".

وإن شهدوا بعد ما تفرقا عن مجلس الدعوى، لا يقضى بينهما بالمال ما لم يشهدوا أنه بينهما نصفان، أو يشهدوا أنه من شركتهما، أو يقر الجاحد أن المال كان في يده يومئذ، أو شهدوا الشهود بذلك. وهذا لأن المناصفة لو ثبتت هنا، إنما تثبت إذا ثبت كون المال في يد الجاحد حال قيام المفاوضة، لا بالشهادة؛ لأن الشهود لم يتعرضوا للحال، ولم يثبت كون المال في يده حال قيام المفاوضة بالمعاينة؛ لأن المفاوضة إنما انفسخت بالإنكار، وقد عاينا المال في يده وقت الإنكار.

٢٠٥٢٠ - ثم إذا قضى القاضي بالمال بينهما نصفان، وادعى الذي كان في يده المال لنفسه ميراثا، أو هبة، أو صدقة من جهة غير المدعي، فهذه المسألة على وجوه: إن كان شهود مدعي المفاوضة شهدوا أنه مفاوضة، وأن المال الذي في يده بينهما نصفان، أو شهدوا أنه مفاوضة، وأن المال من الشركة، وفي هذين الوجهين لا تسمع دعواه، ولا تقبل بينته؛ لأنه صار مقضيًّا عليه بالمناصفة بينهما، والمقضي عليه بالبينة إذا ادعى المقضي به لنفسه ملكًا مطلقًا، أو بطريق التلقي من جهة غير المدعي، لا يسمع دعواه.

وإن كان شهود مدعي المفاوضة شهدوا أنه مفاوضة، وأن المال في يده، أو شهدوا أنه مفاوضة، ولم يزيدوا على هذا تسمع دعواه، وقبلت بينته عند محمد رحمه الله تعالى، خلافًا لأبي يوسف. وجه قول محمد أن القضاء بالمال بينهما نصفين في هذين الوجهين ما كان بحكم الشهادة؛ لأن الشهود لم يتعرضوا المال[1]، وإنما كان بحكم الظاهر؛ لأن الظاهر أن ما في يد أحد المتفاوضين يكون بينهما، والقضاء متى حصل بظاهر الحال، لا يمنع دعوى المقضي عليه المقضي به. وإن لم يدع تلقي الملك من جهته.

الدليل عليه مسألة البناء، والأشجار، وسيجيء في آخر كتاب الشهادات.

والدليل عليه في فصل الإقرار: إذا أقر المدعى عليه أنه مفاوضة، ولم يزد على هذا، ثم ادعى أن بعض ما في يده ميراث، أو هبة، أو صدقة من جهة غير المدعي، فأقام على ذلك بينة، قبلت بينته، وطريقه ما قلنا.

ولأبي يوسف رحمه الله تعالى أن القضاء بالمناصفة حصل بالبينة؛ لأن الشهود وإن شهدوا بعقد المفاوضة صورة، إلا أن الشهادة بعقد المفاوضة في حق القضاء جعلت شهادة بموجب المفاوضة، وهو المناصفة، إذ لو لم يجعل كذلك، لبطلت الشهادة؛ لأن القضاء بالعقد متعذر لانفساخه بالإنكار، وإذا جعل الشهادة بالعقد شهادة بموجبه، كانت المناصفة مقضيًا بها

---
(١) وفي ظا: لم يتعرضوا للمال.

بالبينة.

وأما مسألة البناء والأشجار، فمن مشايخنا من قال: هي على الخلاف، ومنهم من فرق بينهما على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وهو الصحيح، والفرق: أن القضاء بالأشجار والبناء حصل بحكم الظاهر، يعني به ظاهر الاتصال، لا بالبينة؛ لأن شهادتهم بالأرض لم تجعل كناية عن الشهادة بالبناء؛ لأن العمل بحقيقة ما شهدوا في الأرض ممكن. أما ههنا بخلافه، وبخلاف الإقرار؛ لأن الإقرار بالمفاوضة لم يجعل هناك بحكم الظاهر.

١٠٥٢١ - ولو كان المدعى عليه ادعى شيئًا مما في يده بطريق التلقي من المدعي، سمع دعواه، وقبلت بينته في الوجوه كلها؛ لأن صيرورته مقضيًا عليه لا يمنع دعوى الملك من جهة المقضي له.

١٠٥٢٢ - وإذا مات أحد المتفاوضين، والمال في يد الحي، فادعى ورثة الميت المفاوضة، وجحد الحي ذلك، فأقام ورثة الميت أن أباهم كان شريكه شركة مفاوضة، لم يقض لهم بشيء مما في يد الحي، إلا أن يشهد الشهود أن المال كان في يده حال حياة الميت، أو أنه من شركة ما بينهما، وفي حال الحياة عرف كون المال في يد المدعى عليه حال قيام المفاوضة بالمعاينة، وبعد الموت لم يعرف كون المال في يد الحي حال [قيام المفاوضة، حتى لو عرف ذلك بأن شهد الشهود أن المال كان في يد الحي حال][١] حياة الأب، قضي بالمال بينهما.

ثم إذا شهد الشهود أن المال الذي كان في يد المدعى عليه حال حياة الميت، أو شهدوا أن هذا في شركة ما بينهما، وقضى القاضي بالمال بين الحي وورثة الميت، لو ادعى الحي شيئًا لنفسه مما في يده بميراث، أو ما أشبه ذلك، ففيما إذا شهد شهود الورثة أن هذا المال من شركة ما بينهما لا تسمع دعواه بلا خلاف، وفيما إذا شهدوا أنه كان في يده حال حياة أبيهم، المسألة على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمه الله تعالى

١٠٥٢٣ - وإذا افترق المتفاوضان، ثم ادعى أحدهما أنه شريكه بالنصف، وادعى الآخر بالثلث، وقد اتفقا على المفاوضة، فجميع المال بينهما؛ لأن المدعي بدعوى التفاوت مناقض، أو راجع عن إقراره بالمفاوضة، مقتضى إقراره بالمفاوضة.

١٠٥٢٤ - وإن كان في يد أحدهما ثياب كسوة، أو رزق العيال، فذلك الذي في يده، ولا يدخل في الشركة استحسانًا؛ لأن هذه الأشياء مستثناة عن عقد المفاوضة، فالإقرار بالمفاوضة لا يكون إقرارًا بهذه الأشياء، بقي مجرد الدعوى.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ، م، ف.

٦٠٥٢٥ - وإذا ادعى رجل على غيره أنه شريكه شركة مفاوضة، وأن المال الذي في يده بينهما أثلاثاً، الثلثان لي، والثلث له، والمدعى عليه يجحد المفاوضة أصلاً، فأقام المدعي بينة على نحو ما ادعاه، لا تقبل هذه الشهادة قياساً، وفي الاستحسان: تقبل على أصل المفاوضة. واختلفت عبارة المشايخ على وجه الاستحسان، فعبارة بعضهم أن المدعي بدعوى المناصفة، وإن كذب شهوده فيما شهدوا من المثالثة، لما أن قضية المفاوضة التساوي، إلا أن هذا أكذاب معنى، لا لفظاً، وأنه لا يمنع قبول الشهادة.

٦٠٥٢٦ - فعلى قول هذا القائل: لو كان المدعي ادعى المفاوضة، والمناصفة، وشهد الشهود بالمثالثة، لا تقبل الشهادة قياساً واستحساناً.

وعبارة بعضهم: أنه لا حاجة للشهود لإتمام الشهادة إلى ما ذكروا من المثالثة، فتلغو تلك الزيادة، وتبقى الشهادة على أصل المفاوضة، لأن من الناس من يقول: المفاوضة مع التفاوت في المال جائزة، فلعل الشهود ممن يعتقدون ذلك، فقصروا الشهادة بناء على ما اعتقدوا، ولكن القاضي يقضي بما ثبت عنده بناء على اعتقاده، وعلى قول هذين التعليلين: ينبغي أن تقبل الشهادة على أصل المفاوضة، متى ادعى المدعي المناصفة على جواب الاستحسان، وإن ادعى المفاوضة، وشهد الشهود بالأثلاث، ثم قال المدعي بعد ذلك: كانت كذلك، فعلى القياس والاستحسان. لأن البيان المتأخر على الكلام يلتحق بالمحل، فيصير كالمنصوص عليه وقت الإجمال.

٦٠٥٢٧ - إذا افترق المتفاوضان، وأقام أحدهما بينة أن المال كان كله في يد صاحبه، وإن قاضي كذا وكذا قد قضى بذلك عليه، وسموا المال، وأنه قد قضى بينهم نصفين، وأقام الآخر بينة على صاحبه بمثل ذلك من ذلك القاضي بعينه، أو من غيره، فإن كان ذلك من قاضي واحد، وعلمنا التاريخ بين القضائين، أخذنا بالآخر، وهو رجوع عن الأول؛ لأن الجمع بين القضائين متعذر، فلا بد من القضاء بأحدهما، فيقضي بآخرهما، ويجعل إقدامه على القضاء الثاني وهو عالم بالقضاء الأول رجوعاً عن القضاء الأول، بأن ظهر له الخطأ في القضاء الأول. وإن كان ذلك من قاضيين، وعلم التاريخ بينهما، أو لم يعلم، لزم كل واحد منهما القضاء الذي أنفذه عليه، ويحاسب كل واحد منهما صاحبه بما عنده، ويترادان الفضل؛ لأن الجمع بين القضائين وإن كان متعذراً، لكن ليس أحدهما لتعيينه البطلان بأولى من الآخر، أما إذا لم يعلم التاريخ بينهما، فظاهر، وأما إذا علم، فلأن إقدام القاضي الثاني على قضائه لا يمكن أن يجعل إبطالاً لقضاء القاضي الأول، إذ ليس له ولاية إبطال قضاء القاضي الأول،

بخلاف ما إذا كان القاضي واحدًا، وعلم التاريخ بين القضائين.

وكذلك إذا كان القاضي واحدًا، ولم يعلم التاريخ بين القضائين، كان الجواب فيه كالجواب فيما إذا كان ذلك من قاضيين؛ لأنه لا يعلم الباطل من الصحيح منهما

١٠٥٢٨ - وإذا مات المتفاوضان، واقتسم الورثة جميع ما ترك، ثم وجدوا مالاً كثيرًا وقال أحد الفريقين: هذا المال كان في قسمتنا، فكذبه الفريق الآخر، وقال: إنه لم يكن في قسمتكم، وإنه مشترك بيننا، فهذا على وجهين: إن كان المال في يد المنكرين، فالمال بينهما نصفان، وإن كان في يد المدعين، إن شهدوا بالبراءة عن كل شركة بينهما، فالمال للمدعين، وإن لم يشهدوا بذلك، والمال بين الفريقين نصفين لأنهما اتفقا على أن هذا المال كان مشتركًا بينهما، وأحدهما ينكر انقطاع الشركة، ولم يظهر سبب انقطاع الشركة، فيكون القول قول المنكر. فأما إذا شهدوا بالبراءة، فقد ظهر سبب انقطاع الشركة، فلا يعتبر دعوى الآخر بقاء الشركة.

١٠٥٢٩ - هذا الذي ذكرنا إذا اتفقا أن هذا المال كان داخلاً في الشركة، لكن ادعى أحدهم أنه دخل في قسمتنا، فأما إذا كان المال في يد أحد الفريقين، فقال الذي في يديه المال: هذا المال كان لأبينا قبل المفاوضة، وكذبهم الفريق الآخر، فالمال بين الفريقين نصفان، شهدوا أو لم يشهدوا، إن لم يشهدوا بالبراءة، فلأن الورثة يقومون مقام المورث، ولو ادعى المورث حال حياته أن عينًا ما في يده كان له قبل المفاوضة، وأنكر الآخر، وقال: كان من المفاوضة لا يختص به صاحب اليد، وكان بينهما إذا لم يكونوا أقروا بالبراءة عن كل شركة، كذا ههنا.

وإن شهدوا فكذلك؛ لأن زعم المدعين أن هذا المال لم يدخل تحت البراءة؛ لأنه إنما يدخل تحت البراءة ما كان من الشركة، وقد زعموا أن هذا المال لم يكن من الشركة، حيث زعموا أنه كان لأبيهم قبل المفاوضة، وكان حكم هذا المال بعد الإشهاد على البراءة، كحكمه قبل الإشهاد عليه

إذا شهد على الإقرار بالمفاوضة منذ عشر سنين، فقبل القاضي شهادتهم، ثبتت المفاوضة منذ عشر سنين، وقبل ذلك؛ لأن الثابت من الإقرار بالبينة كالثابت عيانًا، ولو عاينا إقرار المشهود عليه المفاوضة منذ عشر سنين، ثبتت المفاوضة منذ عشر سنين، وقبل ذلك، حتى يقضي بنصف ما في يده عشر سنين، وقبل ذلك بينهما؛ لأن الإقرار سبق المخبر به، فكذا إذا ثبت الإقرار بالبينة.

ولو شهدوا على إنشاء المفاوضة منذ عشر سنين، فقضى بالمفاوضة منذ عشر سنين، ولا

يقضي بالمفاوضة قبل ذلك؛ لأن الإنشاء لا يقتضي الوجود قبله، بل يثبت الوجود مقصوراً على حالة الإنشاء، بعد هذا ننظر إن علم يقيناً لأحدهما قبل المفاوضة يختص بثبوته، وما كان مشكل الحال، فهو للمفاوضة.

١٠٥٣٠- وإذا أمر أحدهما المتفاوضين رجلين أن يشتريا له عبداً، وسمى جنسه بثمن مسمّى، فاشترياه، ووقع الافتراق بين الشريكين، فقال الآمر: اشترياه بعد التفريق، فهو لي خاصة، وقال الشريك الآخر: اشترياه قبل التفريق، فهو بيننا، فهو للآمر؛ لأن الشراء حادث، فيحال بحدوثه على أقرب الأوقات، وهو ما بعد التفريق، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة الآخر؛ لأنه يثبت زيادة في التاريخ، ولا تقبل شهادة الوكيلين في ذلك؛ لأنهما شهدا على فعل أنفسهما.

١٠٥٣١- وإذا قال الآمر: اشتريته قبل الفرقة، وقال الآخر: اشتريته بعد الفرقة، فالقول قول الآخر، والبينة بينة الآمر لما قلنا.

نوع آخر

في وجوب الضمان على المتفاوضين:

١٠٥٣٢- يستعير أحد المتفاوضين دابة ليركبها إلى مكان معلوم، فركبها شريكه فعطبت، فهما ضامنان، وكان يجب أن لا يضمنا؛ لأن الاستعارة من أحدهما جعلت كالاستعارة منهما، ألا ترى لو استعار أحدهما دابة إلى مكان معلوم، ليحمل عليها طعاماً له خاصة، فحمل عليها شريكه مثل ذلك الطعام من خاصة نفسه إلى ذلك المكان، وعطبت الدابة فلا ضمان، وجعل كأنه أعار منهما؟ والجواب: في الاستعارة من أحدهما كالاستعارة منهما، إلا أنهما لو استعارا جميعاً دابة للركوب، وقال صاحب الدابة أعرتكما ليركب هذا بعينه، فركب الآخر يضمن. ولو استعار دابة يحمل حنطة مقدرة، وقال صاحب الدابة أعرتكما ليحمل هذا حنطة نفسه، فحمل الآخر من حنطة نفسه مثل تلك الحنطة، لا ضمان؛ لأن تخصيص أحدهما بالركوب مفيد فيجب اعتباره

١٠٥٣٣- أما تخصيص أحدهما بحمل الحنطة غير مفيد، فلا يجب اعتباره، وكان نظير الركوب من الفصل أن لو حصلت الإعارة بحمل الحنطة، فحمل عليها حديداً، أو شيئاً مثل وزن الحنطة، وهناك يجب الضمان؛ لأن بين الأشياء تفاوتاً في الضرر بالدابة تفاوتاً فاحشاً.

١٠٥٣٤ - ثم في مسألة الركوب، إذا وجب الضمان وأدى الراكب ذلك من مال الشركة، هل يرجع عليه شريكه بنصف ما أدى؟ ينظر إن كان قد ركبها لحاجتهما، فلا رجوع، وإن كان قد ركبها لحاجة نفسه، فله أن يرجع بنصف ما أدى. ولصاحب الدابة أن يطالب بضمان الدابة أيهما شاء؛ لأن الضمان واجب على الراكب ضمان إتلاف مال، وما يجب على أحدهما بسبب إتلاف صاحبه كفيل عنه بذلك.

١٠٥٣٥ - وأما إذا مات المفاوض، ومال المفاوضة في يده، فلم يبين، فلا ضمان عليه، بخلاف المودع إذا مات، ولم يبين الوديعة، فإنه يصير ضامنًا.

١٠٥٣٦ - وكذلك المضارب إذا مات، ولم يبين المضاربة، فإنه يصير ضامنًا. والوجه في ذلك، إن ترك البيان لا يوجب الضمان لعينه، وإنما يوجب الضمان، إذا صارت الأمانة مجهولة، بترك البيان، بحيث لا يتوصل إليها صاحبها. ألا ترى أن الوديعة، إذا كانت معروفة، فمات، ولم يبين لا يضمنها؛ لأنها بترك البيان لا تصير مجهولة، فكذا في المفاوضة لا تصير الأمانة مجهولة، بترك البيان؛ لأن ما في يده كله بينهما.

١٠٥٣٧ - وفي «فتاوى أبي الليث»: أحد الشريكين إذا قال لصاحبه: اخرج إلى نيسابور، ولا تجاوز عنه فجاوزه، وهلك المال، ضمن حصة شريكه؛ لأنه نقل حصة شريكه بغير إذنه.

١٠٥٣٨ - قال في «الأصل»: وكل وديعة عند أحدهما، فهي عندهما؛ لأن قبول الوديعة إن لم تكن تجارة، فهي من صنيع التجار لا يجدون بدًّا منه، وما كان من صنيع التجار، ففعل أحدهما فيه كفعلهما.

١٠٥٣٩ - وإن مات المستودع قبل أن يبين، فهو ضامن، ويؤاخذ شريكه به؛ لأن ضمان التجهيل ضمان ثمن ذلك، فيظهر حكم الكفالة فيه، فإن قال الحي: ضاعت في يد الميت قبل الموت لم يصدق؛ لأن الحي إنما جعل مودعًا حكمًا للمفاوضة، فإذا انفسخت المفاوضة بموت أحدهما لم يبق مودعًا، وصار هو وأجنبي آخر سواء، ولو أن أجنبيًا آخر قال: لما مات المودع، مجهلًا، ضاع من يد الميت قبل الموت، لم يصدق، كذا هنا.

ولأن الضمان موجب[١] بالتجهيل، ولو زعم المودع بنفسه أنه قد كان هلك بعد ما لزمه الضمان بالجحود، لم يقبل قوله، كذا لا يقبل قول الشريك؛ فمعنى هذين التعليلين نقول: إذا مات المودع مجهلًا، أو ادعى الوارث الضياع حال حياته، لا يقبل قوله، وإن كان الحي هو

---

(١) وفي «ب» و «ظ» و «م»: وجب مكان موجب.

المستودع ، وقال صاحب من يد الميت قبل موته قبل قوله ؛ لأن الحي صار مودعًا بقول الإيداع ، لا حكمًا للمفاوضة ، فيبقى مودعًا بعد انفساخ المفاوضة ، فيقبل قوله في دعوى الهلاك مع اليمين .

١٠٥٤٠ – وإن قال الحي منهما : قد كنت استهلكت الوديعة حال حياة الميت ، فالضمان عليه خاصة ، فإن أقام البينة على ذلك عليهما - أنه أقر بالدين بعد انقطاع الشركة ، وبعد انقطاع الشركة لا يملك إيجاب الدين على صاحبه ابتداء بسبب من الأسباب ، فلا يعمل إقراره في حق صاحبه ، فإذا أقام البينة على ذلك ، والثابت بالبينة كالثابت معاينة ، يثبت الإتلاف حال قيام الشركة ، وأنه يلزم صاحبه .

الفصل الرابع
في العنان

هذا الفصل يشتمل على أنواع :

نوع منه في شرط الربح، والوضيعة، وهلاك المال

١٠٥٤١ - قال علماؤنا رحمهم الله تعالى: شركة العنان جائزة سواء تساويا في رأس المال، أو تفاضلا، ويجوز أن يشترط لأحدهما فضل الربح، إذا شرط العمل عليهما عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى، وتكون زيادة الربح بمقابلة العمل عليهما، فالربح يستحق بالعمل، ألا ترى أن المضارب يستحق الربح بالعمل؟ وإذا شرط العمل عليهما، فالربح بينهما على ما شرطا. وإن عمل أحدهما دون الآخر، ولو شرط العمل على الذي شرط له فضل الربح جاز، وتكون زيادة الربح له بمقابلة العمل، ولو شرطا على أقلهما ربحا خاصة لا يجوز؛ لأن الذي شرط عليه العمل شرط لصاحبه جزءا من ربح ماله من غير أن يكون له فيه رأس مال، أو عمل.

١٠٥٤٢ - بيان ما ذكرنا فيما ذكر محمد رحمه الله تعالى في "الأصل": إذا جاء أحدهما بألف درهم، والآخر بألفي درهم، واشترطا على أن الربح بينهما نصفان، والعمل عليهما، فهو جائز؛ ويصير صاحب الألف في معنى المضارب له، إلا أن المضاربة تبع لمعنى الشركة، والعبرة للأصل دون التبع، فلا يضرهما اشتراط العمل عليهما، وإن شرطا العمل على صاحب الألف، فهو جائز أيضا، ووجه الجواز ههنا أبين؛ لأن صاحب الألف في معنى المضارب لصاحب الألفين، واشتراط العمل على المضارب، يصحح المضاربة، ولا يبطلها.

١٠٥٤٣ - وإن شرطا العمل على صاحب الألفين لا يجوز؛ لأن صاحب الألفين شرط لصاحب الألف جزءا من ربح ماله من غير أن يكون له فيه عمل، أو رأس مال.

١٠٥٤٤ - وإن شرطا الربح على قدر رأس مالهما أثلاثا، والعمل من أحدهما كان جائزا؛ لأن العامل منهما معين لصاحبه في العمل له في ماله، حيث لم يشترط في العمل لنفسه شيئا من ربح مال صاحبه، فهو كالمستبضع في مال صاحبه.

١٠٥٤٥ - وإن شرطا الوضيعة هلاك جزء من المال، فكان صاحب الألف شرط ضمان شيء مما هلك من ماله على صاحبه، وشرط الضمان على الأمر فاسد، ولكن هذا لا يبطل

الشركة، حتى لو عملا، أو ربحا، فالربح بينهما على ما شرطا، فالشركة من ما لا تبطل بالشروط الفاسدة، وإن وضعا، فالوضيعة على قدر رأس مالهما، وأي المالين هلك قبل الشراء، هلك على صاحبه هلك في يده، أو في يد صاحبه، وانتقضت الشركة، وقد ذكرنا هذا في شركة المفاوضة.

١٠٥٤٦- وفي "النوادر": دفع إلى رجل ألف درهم، على أن يعمل بها، أن الربح للعامل، والوضيعة عليه، فهلك قبل شرائها، فالقابض ضامن؛ لأن المال في يده قرض، ولو قال: اعمل بها بيني وبينك على أن الربح بيننا، فهلكت قبل أن يعمل بها، فهو ضامن نصف المال عند محمد. وعلى قول أبي يوسف: لا ضمان عليه، وإن اشترى بالمال، ثم هلكت قبل النقد، فعلى الآخر ضمان نصف المال، وعلى المشتري مثل ذلك.

فأبو يوسف يقول: نص على الشركة، فكان القبض واقعاً من جهة المنصوص عليها، والقبض بجهة الشركة [لا يستدعي ضماناً، إلا إذا اشترى، فحينئذ يجب عليه عن نصف ما اشترى، ومحمد يقول: بأنه نص على الشركة](١) في المشترى، والربح والوضيعة، وهذا لا يكون إلا بعد وجوب رأس المال من جهة القابض، فيضمن هذا إقراض النصف، والمقبوض بجهة القرض مضمون على القابض، ألا ترى لو قال: اشتر بهذه الألف على أن الربح لك كله، فهذا قرض في الكل، فكذا إذا شرط البعض.

نوع منه في تصرف أحد شريكي العنان في مال الشركة:

١٠٥٤٧- ولكل واحد منهما أن يشتري بجنس ما عنده على نحو ما ذكرنا في المتفاوضين، وليس لأحدهما أن يكاتب عبداً من الشركة بلا خلاف، ولا يزوج الأمة من الشركة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، خلافاً لأبي يوسف رحمه الله تعالى، الخلاف في أحد شريكي العنان، وفي المضارب، والمأذون سواء، وليس له أن يشارك غيره، إذا لم يقل له الشريك: اعمل برأيك.

١٠٥٤٨- وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: أحد شريكي العنان إذا شارك غيره مفاوضة بمحضر من شريكه، تصح المفاوضة، وتصح شركته مع الأول، وإن كان بغير محضر من شريكه لم تصح المفاوضة.

١٠٥٤٩- في "المنتقى": أبو سليمان عن أبي يوسف في شريكي العنان لو اشترك

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

يبرأ المديون من حصة شريكه، ويكون للمديون الخيار على نحو ما بينا.

١٠٥٥٣ - وإذا أقر أحد شريكي العنان بالرهن، والارتهان بعدما تناقضا الشركة، لا يصح إقراره إذا كذبه شريكه؛ لأنه حكى أمرًا لا يملك استئنافه للحال، وإن أقر حال قيام الشركة جاز عليه، وعلى شريكه إذا كان المنكر هو الذي ولي العقد، وإن كان الذي ولي غيره، أو كانا وليا العقد، لا يجوز إقراره في حصة شريكه، وهل يجوز في حصة نفسه؟ فهو على ما ذكرنا قبل هذا، ولكل واحد منهما أن يوكل بالبيع، والشراء، والاستئجار، وللآخر أن يخرجه من الوكالة.

١٠٥٥٤ - وإن وكل أحدهما بتقاضي ما دانه، فليس للآخر إخراجه؛ لأن العزل مع التوكيل يجريان مجرى واحدًا، وكل واحد منهما لا يملك التوكيل بتقاضي ما داين صاحبه، فلا يملك عزل وكيله بتقاضي ما داينه، وفيما سوى هذه التصرفات أحد شريكي العنان كأحد شريكي المفاوضة، ما يملكه أحد شريكي المفاوضة يملكه أحد شريكي العنان.

نوع آخر منه في تصرف أحد شريكي العنان في حق صاحبه وفيما وجب بعقد صاحبه:

١٠٥٥٥ - وفي "القدوري": إذا أقال أحدهما في بيع باعه الآخر جازت الإقالة، كما ذكرنا في فصل المفاوض.

١٠٥٥٦ - وفيه أيضًا: لو باع أحدهما متاعًا، فرد عليه بعيب، فقبله بغير قضاء، جاز عليهما؛ لأنه بمنزلة الإقالة، وكذلك لو حط من ثمنه، أو أخر لأجل العيب؛ لأن العيب يوجب الرد، ويجوز أن يكون الحط والتأخير أنفع، وإن حط من غير عيب، كان متبرعًا، لا يجوز في حق شريكه؛ لأن التبرع في نصيب الشريك.

١٠٥٥٧ - ولو أقر بعيب في متاع باعه، جاز عليه، وعلى شريكه؛ لأن موجب الإقرار بالعيب ثبوت الرد عليه، ولأحد الشريكين أن يسترد، ويقبل العقد.

١٠٥٥٨ - وإذا كان لهما على رجل دين، فأخر أحدهما، فهذه المسألة على وجوه:
الأول: أن يكون المؤخر هو الذي ولي المبايعة، وفي هذا الوجه يجوز تأخيره في نصيبه ونصيب صاحبه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ومحمد، خلافًا لأبي يوسف؛ لأنه في نصيب صاحبه وكيل بالبيع، والوكيل بالبيع إذا أخر الثمن، فهو على الخلاف.

الوجه الثاني: إذا وليا المبايعة.

الوجه الثالث: إذا ولي الآخر المبايعة، وفي الوجهين جميعًا لا يجوز تأخيره في نصيب

صاحبه بالإجماع، وهل يجوز في نصيب نفسه؟ على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز، وعلى قولهما يجوز؛ لأن حصته من الدين مملوك له، فملك إسقاطه وملك تأخيره. ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لو صح التأخير في نفسه تثبت القسمة في الدين، فإن بالتأخير يتغير وصف الدين عما كان، فإنه كان على وصف لو قبض أحدهما نصيبه كان للآخر أن يشاركه فيه، وبعد التأخير لا يبقى له حق المشاركة ما دام الأجل قائماً، فيصير نصيب أحدهما على وصف سوى نصيب الآخر، فتثبت القسمة، والقسمة في الأعيان لا في الديون، فلم يصح التأجيل.

١٠٥٥٩ - وإن أقر أحدهما بدين في تجارتهما، وأنكر الآخر، لزم المقر جميع الدين، إن كان أمر أنه ولي العقد، بأن قال: اشتريت من فلان عبداً بكذا؛ لأنه في النصف مشترٍ لنفسه، وفي النصف وكيل من صاحبه، وحقوق العقد ترجع إلى العاقد، فيصير مقراً على نفسه بجميع الدين فيؤاخذ بجميع ذلك. فأما إن أقر أنهما ولياه، بأن قالا: اشترينا من فلان عبداً بكذا، أو أنكر الآخر لزمه نصفه. وإن أقر أن صاحبه وليه، بأن قال: اشترى شريكي من فلان عبداً بكذا، وأنكر الآخر[1]، ذكر في عامة نسخ كتاب الإقرار أنه لا يلزمه شيء، وذكر في بعض نسخ كتاب الإقرار: أنه يلزمه النصف، والصحيح ما ذكر في عامة النسخ؛ لأنه أقر على غيره، ولا ولاية له على الشريك في إلزام الدين عليه بإقراره، فيبطل ضرورة.

١٠٥٦٠ - وإذا اشترى أحدهما شيئاً من تجارتهما، فوجد به عيباً، لم يكن للآخر أن يرده؛ لأن الآخر في النصف أجنبي، وفي النصف موكل، وليس للموكل أن يخاصم في العيب مع البائع فيما اشتراه وكيله، وكذا لو باع أحدهما شيئاً من تجارتهما، لم يكن له أن يرد على الآخر.

١٠٥٦١ - وإذا استأجر أحد شريكي العنان شيئاً، ليس للآخر أن يطالب الشريك الآخر بالأجر؛ لأن الشريك الآخر في النصف موكل، وكذلك إذا أجر أحدهما شيئاً من تجارتهما، ليس للشريك الآخر أن يطالب المستأجر بالأجر. وما اكتسب أحدهما بتقبل الأعمال، وذلك ليس من شركتهما، فإنه يكون خاصة؛ لأنه وكيل صاحبه في التصرف في مال الشركة، وتقبل هذا العمل ليس بتصرف في مال الشركة.

١٠٥٦٢ - ولو أخذ أحدهما مالاً مضاربة وربح، فالربح له خاصة، هكذا ذكر في الأصل، وفي القدوري. لأن المضارب يستحق ما يستحق بسبب العمل، فصار كما لو

(١) أثبتت هذه العبارة من ط.

آخر نفسه، متفرد به. وهذا الجواب صحيح فيما إذا أخذ مالا مضاربة ليتصرف فيما ليس من تجارتهما، أو مطلقًا حال حضرة صاحبه؛ لأن ما ليس من تجارته، فما لم يدخل تحت الشركة، فيكون الحال فيه بعد الشركة كالحال قبل الشركة، وقبل الشركة لو أخذ أحدهما مالا مضاربة، كان الربح له خاصة،[1] خاصة، وكذلك لو أخذ مالا مضاربة ليتصرف فيما هو من تجارتهما حال حضرة صاحبه؛ لأن كل واحد من الشريكين فيما كان من تجارتهما بمنزلة الوكيل بشراء نصف شيء بعينه، والوكيل بشراء نصف الشيء بعينه إذا قبل الوكالة من آخر بشراء ذلك الشيء كله بحضرة الموكل الأول يخرج من وكالة الأول، ويصير وكيلا للثاني، كذا هنا.

فأما إذا أخذ ليتصرف فيما هو من تجارتهما، أو مطلقًا حال غيبة صاحبه، فنصف الربح لشريكه، ونصفه يكون بين المضارب ورب المال؛ لأنه في النصف بمنزلة الوكيل بشراء نصف شيء بعينه، يشتري نصف الشيء بعينه، فلا يملك إخراج نفسه من الوكالة حال غيبة صاحبه، فإذا قبل الوكالة من آخر بشراء الكل، تنصرف الوكالة إلى ما كان يشتريه بنفسه، ولا ينصرف إلى ما يشتريه لصاحبه، فإذا اشترى بعد المضاربة، يصير مشتريًا نصفه للمضاربة، ونصفه لشريكه، فإذا ربح كان نصف الربح لشريكه، ونصفه بين المضارب ورب المال على ما شرطا.

نوع آخر منه:

١٠٥٦٣ - إذا باع أحدهما شيئًا من تجارتهما، فليس للشريك الآخر أن يطالب المشتري بالثمن، وهذا لما ذكرنا أن هذه الشركة تشتمل على الوكالة في مباشرة عقود التجارات، دون الوكالة في استيفاء ما يجب بعقد صاحبه.

١٠٥٦٤ - في "المنتقى": قال هشام عن محمد رحمه الله تعالى: إذا دفع المشتري الثمن إلى الشريك الآخر، برئ من نصيبه، ولا يبرأ عن نصيب البائع إن لم يكونا أشهدا حيث اشتركا أن ذلك جائز فيما بينهما، وكذا ما لزم أحدهما من ضمان التجارات، لا يطالب الآخر به، لما ذكرنا أنه ليس في هذه الشركة.

نوع آخر منه في شراء أحدهما وفي اختلاف رأس المال
وفي اعتبار قيمة رأس المال:

١٠٥٦٥ - وإذا اشترى أحد شريكي العنان شيئًا ليس من تجارتهما، فهو له خاصة؛ لأن

---

(١) أثبتت هذه العبارة من م، وكان في الأصل و[illegible]: فيكون الحال بعده خاصة

الفصل الخامس
في الشركة بالوجوه

١٠٥٧٤ - قد مر صورتها، وشرط جوازها في صدر "الكتاب". قال محمد: إذا اشتركا شركة عنان بأموالهما، أو بوجوههما، فاشترى أحدهما متاعًا، فقال الشريك الذي لم يشتر: المتاع من شركتنا، وقال المشتري: هو لي، وإنما اشتريته بمالي ولنفسي، فإن كان المشتري يدعي الشراء لنفسه بعد الشركة، فهو بينهما على الشركة إذا كان المتاع من جنس تجارتهما، وإن كان يدعي الشراء لنفسه قبل الشركة، ينظر، إن علم تاريخ الشراء وتاريخ الشركة، ينظر إلى أسبقهما تاريخًا، إن كان تاريخ الشراء أسبق، فهو للمشتري مع يمينه: بالله ما هو من شركتنا، وإن كان تاريخ الشركة أسبق، فهو على الشركة؛ لأن ما اشتراه أحد الشريكين بعد الشركة من جنس [تجارتهما][1] لنفسه حال غيبة الشريك الآخر، فهو على الشركة؛ لأنه لا يملك عزل نفسه حال غيبة صاحبه، وإن علم تاريخ الشراء أنه كان قبل هذه المنازعة بشهر، ولم يعلم تاريخ الشركة فهو للمشتري خاصة، لأنه إذا لم يعلم بالشركة تاريخ وإنه حادث يحال حدوثها على أقرب ما ظهر كأنما عقد الشركة للحال، فيصير الشراء قبل الشركة. وإن علم تاريخ عقد الشركة أنه قبل هذه المنازعة بشهر ولم يعلم تاريخ الشراء أصلاً، فهو على الشركة، ويجعل كأنه اشتراه للحال، الآن.

وإذا لم يعلم للشركة والشراء تاريخ، فهو للمشتري مع يمينه بالله ما هو من شركتنا؛ لأنه إذا لم يعلم تاريخهما، يجعل كأنهما وقعا معًا، ولو وقعا معًا، فالمشتري لا يكون على الشركة؛ لأن المشتري إنما يكون على الشركة إذا حصل الشراء بعد الشركة.

---

(١) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: شركتهما

الفصل السادس
في الشركة بالأعمال

١٠٥٧٥- قد ذكرنا أنها نوعان: صحيحة، وفاسدة. فالصحيحة: الشركة في تقبل الأعمال، وقد ذكرنا صورتها، وشرائطها، وحكمها.

١٠٥٧٦- قال القدوري: وإن عمل أحدهما دون الآخر في هذه الشركة، وهي مفاوضة، أو عنان، فالأجر بينهما على ما شرطا؛ لأن الشركة انعقدت على التقبل، وذلك نافذ عليهما، والعمل من أحدهما إيفاء لما عليه وعلى صاحبه، فيصير صاحبه كالمستعين بالعامل.

١٠٥٧٧- في «المنتقى»: بشر عن أبي يوسف في قصارين شريكين، طلب رجل ثوبًا في أيديهما أنه دفعه ليعملاه بأجر، فأقر به أحدهما، وجحد الآخر، وقال: هو لي، فالمقر منهما مصدق في ذلك، فيدفع الثوب، ويأخذ الأجر استحسانًا، والقياس أن لا يصدق، وقال: يجوز إقراره بالنصف الذي في يده خاصة. وإنما استحسنا في ضمان العمل، والمطالبة بالأجر خاصة؛ فألحقناها في هذين الوجهين بالمفاوضة، وفيما عداهما بقي على الأصل.

وجه الاستحسان: أنه لما ظهر معنى المفاوضة في ضمان العمل ظهر في محل العمل أيضًا، فنفذ إقراره في محل العمل على صاحبه. وكذلك إن كان في الثوب خرق، وأقر أحدهما أنه من الدق، وجحد الآخر أن يكون الثوب للطالب، وقال: هو لنا، صدقت المقر على ذلك؛ لأني أصدقه على الثوب أنه للمقر له، ولو أن المنكر أقر للثوب أنه لآخر وادعاه بعد إنكاره؛ لأن كان الإقرار له بإقرار الأول في الثوب، ولا يصدق الآخر على الثوب، ويصدق على نفسه بالضمان، ولا يرجع على صاحبه بشيء من ذلك.

١٠٥٧٨- وأيهما أقر بثوب مستهلكة بعملها لرجل، والآخر منكر، فالضمان على المقر خاصة، وكذلك إذا أقر أحدهما بدين من ثمن صابون، أو أشنان مستهلك، أو أجر أجير أو أجرة بيت لمدة مضت، لم يصدق على صاحبه إلا ببينة، ويلزم المقر خاصة.

وإن كانت الإجارة لم تمض، والمبيع لم يستهلك لزمهما، ونفذ إقرار المقر على صاحبه إلا أن يدعي أنه لهما بغير شراء، فيكون القول قوله، قال: ولا يشبه الشراء الإجارة في هذا الوجه، إنما أحسنت في الإجارة بالاستحسان، ألا ترى أن البائع يأخذ بالثمن المشتري دون

الشريك، ويأخذ بالإجازة العمل أيهما شاء استحسانًا، وإنما أخذت في الشراء بالقياس بحكم الشريكين غير المتفاوضين.

١٠٤٧٩ - وإن قال أحدهما: اشتريت بدرهم هذا الصابون من هذا أنا، وشريكي بدرهم، وقال الآخر مثل ذلك، فعلى كل واحد منهم نصف درهم للذي أقر له والصابون بينهما، ولو قال: اشتريت بأحدهما هذا الصابون من هذا بدرهم، وقال الآخر: لا، بل اشتريته أنا من هذا الآخر بدرهم، فعلى كل واحد منهما درهم للذي أقر له، ولا يرجع واحد منهم على صاحبه بشيء.

١٠٤٨٠ - ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: في ثلاثة نفر من الكيالين، اشتركوا بينهم على أن يكيلوا الطعام، أو يكيلونه، فما أصابوا من شيء كان بينهم، فتقبلوا طعامًا بأجر معلوم، فمرض أحدهم وعمل الآخران فإن الأجر بينهم أثلاثًا، ولو أنه حين مرض أحدهم كره الآخران أن يعملا معه، فناقضاه الشركة بمحضر منه، أو قالا: اشهدوا أنا ناقضناه الشركة، ثم كالا الطعام كله، فلهما ثلثا الأجر، ولا أجر لهما في كيل الثلث الباقي، وهما متبرعان في كيله ولا يشركهما الثالث فيما أخذا من الأجر.

١٠٤٨١ - وكذلك ثلاثة نفر تقبلوا من رجل عملًا بينهم، وليسوا بشركاء، ثم عمل أحدهم ذلك العمل، فله ثلث الأجر، وهو متطوع في الثلثين من قبل أنه ليس لصاحب العمل أن يأخذ أحدهم بجميع العمل؛ لأنهم ليسوا شركاء، وإذا كانوا شركاء فلصاحب العمل أن يأخذ واحدًا منهم بجميع العمل.

في فتاوى أبي الليث: معلمان اشتركا لحفظ الصبيان، وتعليم القرآن، فعلى ما اخترنا الجواب في الفتاوى أن الاستئجار لتعليم القرآن جائز، تجوز هذه الشركة.

وأما الشركة الفاسدة، فلها صور قد ذكرنا بعضها في صدر الكتاب، وهي الشركة في أخذ المباح كالحطب، والحشيش، والصيد، وما أشبه ذلك، ولكل واحد منهما ما أخذ وثمنه له، وربحه ووضيعته عليه؛ لأن الشركة إذا لم تصح كان الحال بعد الشركة كالحال قبلها، وقبل الشركة الحكم ما قلنا.

١٠٤٨٢ - وإن أخذ كل واحد منهما على الانفراد شيئًا، ثم خلطاه، وباعاه، فإن كان يعلم قدر ما أخذ كل واحد قسم الثمن على قدر الكيل والوزن، إن كان مما يكال أو يوزن، وإن كان مما لا يكال ولا يوزن ضرب كل واحد منهما في الثمن بقيمته، وإن لم يعرف الكيل والوزن والقيمة صدق كل واحد منهما فيما يدعي من ذلك إلى النصف؛ لأن المال في

أيديهما على السواء. ألا ترى أنهما لو أخذا جملة كان المأخوذ بينهما، وطريقه ما قلنا.

١٠٥٨٣ - وإن احتطب أحدهما، أو احتش أحدهما، وأعانه الآخر في جمعه كان المجموع كله للذي احتطب، وللآخر أجر مثله عندهم جميعًا؛ لأن المحتطب استوفى منفعة المعين بحكم عقد فاسد، ولا يجاوز به نصف الثمن عند أبي يوسف؛ لأنه قد رضي بنصف المسمى، ألا ترى أن في سائر الإجارات الفاسدة لا يزاد على المسمى، وإنما لا يزاد على المسمى لما قلنا.

وعند محمد رحمه الله تعالى، يجب أجر المثل بالغًا ما بلغ؛ لأن المسمى هنا مجهول القدر والجنس، فإنهما لا يدريان أي شيء يصيبان، وكم يصيبان، والتسمية في الإجارة الفاسدة إذا كانت مجهولة يجب أجر المثل بالغًا ما بلغ، وإذا كانت معلومة كالإجارة وفسدت الإجارة بسبب من الأسباب لا يزداد على المسمى بلا خلاف. وكذلك إذا اشتركا على أن ينقلا الطين من أرض مباح، ويبيعانه، وكذلك إذا اشتركا على أن يأخذا من طين أرض لا يملكانه، ويطبخان آجرًا، فهذه الشركات كلها فاسدة.

١٠٥٨٤ - وإن كان الطين مملوكًا لرجل، فاشتركا على أن يشتريا من ذلك الطين، أو يلبنا منه، فذلك جائز؛ لأنه إن كان لهما رأس مال، فهذه شركة عنان، وإن لم يكن لهما رأس مال، فهذه شركة وجوه وكلاهما جائزان.

١٠٥٨٥ - وإذا اشتركا في الاصطياد ولهما كلب، فأرسلاه، أو نصبا شبكة، فالصيد بينهما، وإن كان الكلب لأحدهما فأرسلاه فما أخذ، فهو لصاحب الكلب؛ لأنه منفعة كلبه ومنفعة ملك الإنسان له، إلا إذا جعلها [لغيره](1)، كما لو أعار كلبه من غيره، فاصطاد به المستعير. وإنما قلنا: بأن الصيد منفعة كلبه؛ لأن الإصابة وإن حصلت بالإرسال، والأخذ جميعًا إلا أن الأخذ آخرهما، فكانت الإصابة مضافة إلى الأخذ، والآخذ كلب أحدهما، فهو معنى قولنا: إن الصيد منفعة كلب أحدهما.

١٠٥٨٦ - وإن كان لكل واحد منهما كلب، فأرسل كل واحد منهما كلبه، فإن أصاب كل صيدًا على حدة كان ذلك الصيد لصاحبه، وإن أصابا صيدًا واحدًا، فهو بينهما، وإن أصاب أحدهما صيدًا لكنه لم يثخنه، ثم جاء الكلب الآخر وأعانه عليه كان بينهما نصفين؛ لأن الأخذ في هذه الصورة مضاف إلى الكلبين، فإنه لولا الثاني ربما يفلت الصيد من الأول بخلاف ما لو أثخنه الأول؛ لأن الأخذ في هذه الصورة مضاف إلى الأول.

١٠٥٨٧ - ومن صور الشركة الفاسدة: إذا اشتركا، ولأحدهما بغل، وللآخر بعير،

---

(1) هكذا في النسخ التي عندنا، وكان في الأصل: من غيره مكان لغيره.

على أن يؤاجرهما، والأجر بينهما، فالشركة فاسدة؛ لأن تقديرهما كأن كل واحد منهما قال لصاحبه: أجر دابتك؛ ليكون الأجر بيننا، ولو صرح بذلك كانت الشركة فاسدة، بخلاف الشركة في الأعمال بأبدانهم؛ لأن العقد هناك على تقبل العمل، وتقديرها كأن كل واحد منهم قال لصاحبه: تقبل العمل علي وعليك لتعمل، ويكون الأجر بيننا، ولو صرح بذلك كان جائزاً.

١٠٥٨٨ - ولو اجر الدابتين جميعاً بأعيانهما صفقة واحدة، ولم يشترطا في الإجارة على أحدهما كان الأجر مقسوماً بينهما على قدر أجر مثل دابتيهما، كما قبل الشركة، وإن شرط عملهما مع الدابة، نحو السوق، والحمل، وغير ذلك، قسم الأجر على أجر مثل دابتيهما وعلى أجر عملهما كما قبل الشركة. وإن تقبلا حمولة معلومة بأجر معلوم، ولم يؤاجرا الدابتين، بل تقبلا الحمل لا غير، ألا يرى أنهما لو حملاها على أعناقهما استحقا الأجر، فالعقد انعقد على التقبل، والتقبل منهما وجد على السواء.

١٠٥٨٩ - ولو أن قصارين اشتركا، ولأحدهما أداة القصارين، وللآخر بيت، على أن يعملا بأداة هذا في بيت هذا على أن الكسب بينهما نصفان، فهذا جائز؛ لأن الشركة هنا وقعت على التقبل لا على إجارة البيت والأداة، فإنهما [لم يقولا][1]: على أن يؤاجر الأداة، والبيت، والشركة في تقبل الأعمال جائز.

١٠٥٩٠ - ومن صور الشركة الفاسدة: اشتركا ولأحدهما دابة، وللآخر أكاف وجوالق على أن يؤاجرا الدابة، فما أجراها له من شيء، حملاه بهذه الأداة على أن الأجر بينهما نصفان، فهذه شركة فاسدة، فإن أجر الدابة لحمل الطعام إلى موضع معلوم، ثم تقبلاه بتلك الأداة بأنفسهما كان الأجر كله لصاحب الدابة، ولا يقسم على أجر مثل الدابة، وأجر مثل الأكاف والجوالق؛ لأن الإجارة وقعت على الدابة مقصوداً؛ لأن الحمل على الدابة، وهو المقصود، والأكاف والجوالق آلة الحمل، فدخولهما في الإجارة بطريق التبعية، فلا يقابلهما شيء من الأجر.

١٠٥٩١ - ولو كان اشتركا على أن يتقبلا حمل الطعام على أن يعمل هذا بأداته، وهذا بدابته، فالأجر بينهما نصفان، ولا أجر الدابة هذا، ولا لأداة هذا؛ لأن العقد ههنا وقع على التقبل في العمل، وهما في التقبل على السواء.

١٠٥٩٢ - قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: ولو أن رجلاً دفع الدابة إلى رجل؛ ليؤاجرها

---

(١) هكذا في ظ و ف، وكان في الأصل: لم يعرا.

على أن ما آجرها من شيء، فهو بينهما نصفان، فهذه الشركة فاسدة [والأجر كله لرب الدابة، وللذي آجر مثل عمله. ولو دفع دابة إليه ليرفع عليه البر والطعام على أن الربح بينهما نصفان، فالشركة فاسدة][1] أيضاً، وكان الثمن كله لصاحب البر والطعام؛ لأنه بدل ملكه، ولصاحب الدابة أجر مثل الدابة.

١٠٥٩٣ - في "المنتقى": اشتركا يعملان على أن لأحدهما أجر كل شهر عشرة دراهم ليس من مال الشركة، فالشركة جائزة، والشرط باطل.

١٠٥٩٤ - في "الفتاوى": أعطى بذر الفُلَّيق رجلاً ليقوم عليه ويعلفه بالأوراق على أن ما حصل، فهو بينهما، فقام عليه ذلك الرجل حتى أدرك، فالفُلَّيق لصاحب البذر؛ لأنه حدث من بذره، ولذلك الرجل[2] الذي قام عليه قيمة الأوراق، وأجر مثله على صاحب البذر. وعلى هذا إذا دفع البقرة إلى إنسان بالعلف؛ ليكون الحادث بينهما نصفين، فما حدث، فهو لصاحب البقرة، ولذلك الرجل مثل علفه الذي علفها، وأجر مثله فيما قام عليها؛ لأنه غير متبرع في ذلك حيث شرط لنفسه نصف الحادث. وعلى هذا إذا دفع الدجاجة إلى رجل بالعلف؛ ليكون البيض بينهما نصفين. والحيلة أن يبيع نصف البقرة من ذلك الرجل، ونصف الدجاجة، ونصف بذر الفُلَّيق بثمن معلوم حتى تصير البقرة وأجناسها مشتركة بينهما، فيكون الحادث بينهما على الشركة.

---

(١) أثبتت هذه العبارة من "ظ".

(٢) هكذا في الأصل، وكان في النسخ التي عندنا: وللرجل مكان ولذلك الرجل.

الفصل السابع
في تصرف أحد الشريكين في الدين[١] المشترك

١٠٥٩٥ - كل دين وجب لاثنين على واحد بسبب واحد حقيقة وحكماً، كان الدين مشتركاً بينهما، فإذا قبض أحدهما شيئاً منه كان للآخر أن يشاركه في المقبوض؛ لأن الدين عبارة عن ملك المطالبة، وبالقبض يزداد نصيب القابض، وهذه الزيادة مردها إلى أصل الحق، وإذا كان أصل الحق مشتركاً بينهما، فكذا الزيادة فيه تكون مشتركة كالولد والثمر، ويستوي في حق هذا الحكم أن المقبوض أجود منه، أو أردأ؛ لأن حق الشركة إنما يثبت باعتبار الزيادة الحاصلة بسبب القبض، فيثبت الشركة في عين المقبوض [سواء كان المقبوض][٢] أجود أم أردأ.

١٠٥٩٦ - وكل دين وجب لاثنين بسببين مختلفين حقيقة وحكماً أو حكماً لا حقيقة لا يكون مشتركاً حتى إذا قبض أحدهما شيئاً ليس للآخر أن يشاركه فيما قبض.

١٠٥٩٧ - بيانه من المسائل ما ذكر في «الجامع»: رجلان باعا عبداً بينهما من رجل بثمن معلوم، فقبض أحدهما شيئاً من الثمن من المشتري كان للآخر أن يشاركه فيه؛ لأن هذا دين وجب لهما بسبب واحد حقيقة وحكماً، أما حقيقة فظاهر، وأما حكماً، فلأن سبب صحة بيع أحدهما شرط لصحة بيع الآخر، حتى لو قبل المشتري نصيب أحدهما دون الآخر لا يجوز، ولو سمى كل واحد نصيبه ثمناً على حدة، فقبض أحدهما شيئاً من الثمن لم يكن للآخر أن يشاركه في ظاهر الرواية؛ لأن هذا دين وجب بسببين مختلفين حكماً في ظاهر الرواية؛ لأن هذه الصفقة بما تتفرق في ظاهر الرواية، ولهذا كان للمشتري أن يقبل نصيب أحدهما دون الآخر.

١٠٥٩٨ - ولو كان لأحدهما عبد وللآخر أمة، باعاهما بألف درهم، فقبض أحدهما شيئاً من الثمن، كان للآخر أن يشاركه؛ لأن السبب متحد حقيقة وحكماً، فكان الواجب به مشتركاً، وإن كان بدلاً عما ليس بمشترك.

١٠٥٩٩ - ولو سمى كل واحد منهما لمملوكه ثمناً، لم يكن للآخر أن يشارك القابض في

(١) هكذا في جميع النسخ، وكان في الأصل: «أمان» مكان «الدين».
(٢) أثبتت هذه الجملة من ف.

١٠٦٠٤ - ولو كان الدين ألف درهم، فأبرأ أحدهما الغريم عن مائة، ثم خرج من الدين شيء، اقتسماه بينهما على قدر حقيهما على الغريم، وذلك تسعة أسهم.

١٠٦٠٥ - ولو اشترى أحدهما بنصيبه ثوبًا، كان لشريكه أن يضمنه من الدين، ولا سبيل له على الثوب؛ لأن الثوب إنما صار مملوكًا له بالشراء، قال: إلا أن يجمع على الشركة في الثوب، ويصير كأن مشتري الثوب باع نصف الثوب منه. ولو لم يشتر، ولكنه صالح من حقه على ثوب، فالمصالح بالخيار، إن شاء أعطاه مثل [نصف حقه، وإن شاء دفع إليه مثل][1] الثوب؛ لأن مبنى الصلح على الإغماض والتجوز بدون الحق، فلو كلفناه أداء نصف الدين، يتضرر، ولا كذلك المشتري، فإن مبناه على المماكسة، فالظاهر أنه صار مستوفيًا كمال حقه.

وللذي لم يقبض في هذه الوجوه كلها أن يرجع بكل حقه على الذي عليه الدين، فإن سلم القابض ما قبض، ثم توى الدين على الغريم، فله أن يرجع على الشريك؛ لأنه إنما سلم له المقبوض بشرط سلامة الباقي له، إلا أنه ليس له أن يرجع في عين تلك الدراهم، وللقابض أن يعطيه مثلها.

١٠٦٠٦ - ولو أخر أحدهما نصيبه، لم يجز في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وجاز عندهما، فرع على قولهما، فقال: [إذا قبض الشريك][2] الذي لم يؤخر، لم يكن للذي أخره أن يشاركه فيما قبض حتى يحل دينه، فإذا حل شاركه إن كان قائمًا، وإن كان مستهلكًا ضمنه حصته.

ولو أن الغريم عجل المؤخر مائة درهم، كان لشريكه أن يقاسمه، فيكون بينهما نصفين، ثم يرجع القابض على الغريم بما أخذ منه، وذلك خمسون من حقه الذي لم يؤخر من قبل، أن الذي لم يؤخر إذا أخذ من المؤخر، صار للمؤخر حصته مثل ذلك، ألا ترى أن الغريم لو عجل للمؤخر جميع حقه، وذلك خمسمائة، فأخذ الذي لم يؤخر نصيبه، كان للرجل أن يرجع على الغريم بما أخذ منه، خرج حصة شريكه، فإذا أخذها، اقتسمها وشريكه على عشرة أسهم، وقد بقي لشريكه أربعمائة وخمسون، وبقي له من ذلك المعجل خمسون، فيجعل كل خمسين بينهما، فيصير جملته عشرة أسهم.

١٠٦٠٧ - ولو كان الدين مشتركًا بين رجلين على امرأة، وتزوجها أحدهما على حصته، فعن أبي يوسف فيه روايتان: قال في رواية: يرجع بنصف حقه من ذلك؛ لأن القبض

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

وقع مقبوضاً بعوضه، كما في بدل البيع.

وقال في رواية: لا يرجع، وهو قول محمد، وعن محمد: أنه لو تزوجها على خمسمائة مرسلة، كان لشريكه أن يأخذ منه نصف خمسمائة.

١٠٦٠٨- وفي "القدوري": ولو استهلك أحد الطالبين على المطلوب مالاً، صارت قيمته قصاصاً، ولشريكه أن يرجع عليه.

١٠٦٠٩- وفي "المنتقى": عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: لو أن أحد ربي الدين أفسد على المطلوب، أو قتل عبداً له، أو عقر دابة له، فصار ضامناً قصاصاً بماله، لم يكن لشريكه أن يرجع عليه بشيء.

ولو كان للمطلوب على أحد الطالبين دين من قبل أن يجب لهما عليه، فصار قصاصاً بماله على الذي سقط عنه الدين لشريكه؛ لأنه قضى ديناً كان عليه، ولم يقبض؛ لأن آخر الدينين يصير قصاصاً لأولهما، ولا يصير قصاصاً لآخرهما.

١٠٦١٠- وفي "المنتقى": عن أبي يوسف: لو ضمن أحد الطالبين للمطلوب مالاً عن رجل، أو صارت حصته قصاصاً به، ولا شيء لشريكه عليه. وإن اقتضى من المكفول عنه ذلك المال، لم يكن لشريكه أن يرجع عليه أيضاً، ويشاركه في ذلك.

١٠٦١١- ولو كان المطلوب أعطى أحد الشريكين كفيلاً بحصته، أو أحاله بذلك على رجل، فما اقتضاه هذا الشريك من الكفيل أو المحتال عليه فللآخر أن يشاركه فيه، وكذلك لو أن المطلوب أعطى أحدهما رهناً بحصته، فهلك عنده، فلشريكه أن يضمنه؛ لأن الرهن استيفاء حكمي، فيعتبر بالاستيفاء الحقيقي.

١٠٦١٢- ولو غصب أحدهما من المطلوب عبداً، ومات، فكذلك الجواب لشريكه أن يضمنه؛ لأن الملك في المغصوب يستند إلى أول الغصب، وكذلك لو اشترى منه عبداً بشراء فاسد، ومات عنده، أو باعه، أو أعتقه. ولو نفقت إحدى العين دابة تصير به في ضمان الغصب، والمرتهن والمشتري بشراء فاسد، لم يضمن شريكه شيئاً؛ لأن ما تلف عنده، فليس مسلماً له؛ لأنه لا يمكن القول بإثبات الملك فيه، بخلاف مسألة العبد.

١٠٦١٣- وفي "المنتقى": عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجلان لهما على رجل ألف درهم، فصالح أحدهما المديون من الألف كلها على مائة درهم، ثم قبضها، وأجاز الآخر جميع ما صنع [فهو جائز، وله نصف المائة. ولو قال القابض: قد هلك، فهو

---

(١) وفي هـ: المطلوب مالاً على رجل، مكان: للمطلوب مالاً على رجل.

مؤتمن، ولا ضمان عليه، وقد برئ الغريم، وإن أجاز الصلح، ولم يقل: أجزت ما صنع[1]، فإنه يرجع على الغريم بخمسين، ويرجع الغريم على القابض بخمسين من قبل أن إجازة الصلح ليست إجازة للقبض.

١٠٦٦٤ - وفيه أيضاً: رجلان لهما في يد رجل غلام، أو دار صالحه أحدهما منه على مائة، قال أبو يوسف: إن كان الذي في يديه الغلام مقراً بالغلام فإنه لا يشاركه في المائة، وإن كان جاحداً له شاركه فيها. وقال محمد: هما فيه سواء، لا يشاركه فيها، إلا أن يكون الغلام مستهلكاً.

١٠٦٦٥ - وفيه أيضاً عن أبي يوسف: رجلان اشتريا من رجل جارية، اشترى أحدهما نصفها بألف درهم، واشترى الآخر نصفها بألف درهم، ثم وجدا بها عيباً، وردّاها، ثم قبض أحدهما حصته من الثمن، لا يشاركه صاحبه فيما قبض، دفعا الثمن مختلطاً في الابتداء، أو دفع كل واحد منهما الثمن على حدة؛ لأنه صفقتان. وكذلك إن استحقت الجارية، فإن وجدت الجارية حرة، وقد دفعا الثمن مختلطاً، كان للآخر أن يشارك القابض فيما قبض؛ لأنه لم يقع في هذه الجارية بيع، وإنما هذه الألف كانت بهما عند البائع بينهما.

وروى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه رجع عن قوله في فصل الرد بالعيب، فقال: إذا دفعا الثمن مختلطاً، ثم ردا الجارية بالعيب معاً، اشتركا فيما قبضه أحدهما، وإن ردا بالعيب متفرقاً، لم يشتركا فيه، وأما في الاستحقاق والحرية يشتركان فيما قبضه أحدهما، يريد به إذا دفعا الثمن مختلطاً.

١٠٦٦٦ - وفيه أيضاً عن أبي يوسف: إن أقر لهذين عليه ألف درهم ثمن جارية، اشتراها منهما، فقال أحدهما: صدقت، وقال الآخر: كذبت، ولكن هذه الخمسمائة التي أقررت بها لي، هي لي عليك من ثمن بز، اشتريته مني، ثم إن الغريم قضى هذا خمسمائة، لم يكن لصاحبه أن يشاركه فيما قبض، ولا يصدق الغريم على أنه بينهما.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، أثبتناه من ظ وم وف.

الفصل الثامن
في المتفرقات

١٠٦١٧ - أحد شريكي العنان إذا أقر أنه استقرض من فلان ألف درهم لتجارتهما، لزمه خاصة؛ لأن الاستقراض ليس من تجارتهما، وإن أذن كل واحد منهما صاحبه بالاستدانة عليه، لزمه خاصة أيضاً، حتى كان للمقرض أن يأخذ منه، وليس له أن يرجع على شريكه هو الصحيح؛ لأن التوكيل بالاستقراض باطل، فصار وجود الإذن والعدم بمنزلة في "عيون المسائل".

١٠٦١٨ - وفيه أيضاً: عبد بين رجلين، قال أحدهما لرجل ثالث: أشركتك في هذا العبد، ولم يجز صاحبه صار نصيبه بينهما نصفان، ولو كان مكان الشريكين بيعاً من أحدهما نفذ البيع في جميع نصيبه، والفرق أنه في مسألتنا نص على الشركة، ولو صار جميع نصيبه له لا يبقى الشركة، ولا كذلك البيع.

١٠٦١٩ - رجلان لهما على آخر ألف درهم، أراد أحدهما أن يأخذ نصيبه، ولا شركة للآخر فيه قال نصير: يهب الغريم إياه خمس مأية درهم، ويقبض، ثم يبرأ الغريم من حصته، وقال أبو بكر: يبيع من الغريم كفاً من الزبيب مثلاً بمثل ماله عليه، ويسلم إليه الزبيب، ثم يبرئه عما كان عليه، ثم يطالبه بثمن الزبيب لا بالدين.

١٠٦٢٠ - بعير بين شريكين حمل أحدهما ثياباً من الرستاق شيئاً بأمر الشريك، فسقط في الطريق فنحره هذا الشريك، فلا ضمان عليه، إن كان لا يرجى حياة البعير، وإن كان يرجى حياته، فهو ضامن؛ لأن كل واحد من الشريكين مأمور بحفظ نصيب شريكه، والحفظ عند التيقن بالموت لا يكون إلا بالذبح، ولو كان الذابح أجنبياً، فهو ضامن على كل حال، هكذا ذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى في الباب الأول من "واقعاته"، وقد ذكر مسألة الأجنبي، وما يتصل بها في كتاب الغصب.

١٠٦٢١ - اشتركا شركة عنان على أن يبيعا بالنقد والنسيئة، ثم نهى أحدهما صاحبه عن بيع النسيئة قال النصير: لا يجوز نهيه كما في العبد المأذون، وقال ابن سلمة: يجوز نهيه؛ لأن في الابتداء إن اشتركا على هذا الشرط يجوز، فكذا في الانتهاء، وفي العبد المأذون هذا الشرط في الابتداء لا يجوز، كذا في الانتهاء.

١٠٦٢٢ - قال في «الجامع»: رجل دفع إلى رجل مائة دينار قيمتها ألف درهم وخمس مائة على أن يشتري بها وبألف درهم من عنده، ويبيع، فما رزق الله تعالى من شيء فهو بينهما، فهذا جائز. وأنه مضاربة معنى إن كان شركة صورة من حيث إنه شرط فيه رأس المال من الجانبين، إلا أنه تعذر اعتبارها شركة؛ لأن العمل فيه مشروط على أحدهما، وفي الشركة يكون العمل مشروطاً عليهما، فعلم أنها مضاربة معنى، فصار تقدير هذه المسألة: دفعت إليك هذه المائة مضاربة على أن تعمل بها، وبألف من عندك على أن الربح بيننا نصفان(١)، ولو صرح بهذا يجوز، ويصير شرطاً للمدفوع إليه سدس ربح ماله؛ لأنه لو قال: [على أن الربح بيننا](٢) كان الربح بينهما أثلاثاً على قدر رأس مالهما، وإن قال: على أن الربح بيننا نصفان، فقد صار شارطاً لخمسين، ونصف؛ فيكون شارطاً له نصف سهم من ثلاثة أسهم من حصته، فيكون سدساً.

١٠٦٢٣ - ولو كانت قيمة المائة دينار ألفاً فقال للمدفوع إليه: اعمل بها وبألف من مالك على أن الربح بيننا نصفان، فهذه بضاعة؛ لأنه تعذر تجويزها شركة؛ لأن العمل مشروط على أحدهما، وتعذر تجويزها مضاربة؛ لأن الدافع لم يشترط له شيئاً من ربح ماله، فكان بضاعة. وصار تقدير هذه المسألة: اعمل بمالي على أن الربح كله لي، واعمل بمالك على أن الربح كله لك.

١٠٦٢٤ - ولو كانت قيمة الدنانير ألفاً قال للمدفوع إليه: اعمل بها وبألف وخمس مائة من مالك على أن الربح بيننا نصفان كان هذا بضاعة، والربح بينهما على قدر رأس المال، واشتراط مناصفة الربح باطل؛ لأنهما إنما شرطا من صفة الربح؛ فالدافع لم يشترط للعامل شيئاً من ربح ماله، بل شرط لنفسه بعض ربح رأس مال العامل، فصار تقدير هذه المسألة: اعمل بمالي على أن الربح لي، واعمل بمالك على أن بعض ربح مالك لي، فبطل شرط مناصفة الربح، وصار كأنه قال: على أن الربح بيننا.

١٠٦٢٥ - في «العيون»: ثلاثة نفر ليسوا شركاء تقبلوا عملاً من رجل، فعمل واحد منهم كل ذلك العمل، فله ثلث الأجر، ولا شيء للآخرين؛ لأنهم لما لم يكونوا شركاء كان على كل واحد منهم ثلث العمل بثلث الأجر، فإذا عمل واحد منهم الكل، كان متطوعاً في الثلثين، فلا يستحق شيئاً من الأجر.

---

(١) في ف: نصفان قرضاً.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط، م، ب.

١٠٦٢٦ – اشترك اثنان في الغزل على أن يمد الكرباس من أحدهما، واللحمة من الآخر، فنسجا ثوباً، فالثوب بينهما على قدر قيمة السدى واللحمة.

١٠٦٢٧ – في "المنتقى": عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: مفاوض وهب رجلاً لا يجوز، ولصاحبه أن يأخذ من الموهوب له نصف الهبة، فإذا أخذ ذلك، كان بينهما نصفين؛ لأنه من مال بينهما نصفين، وينقض الهبة فيما بقي؛ لأنها غير مقسومة، ويرجع بينهما نصفين.

١٠٦٢٨ – وفيه أيضاً في شريكي العنان: إذا كان أحدهما يلي الشراء والبيع، فاستدان ديناً، ثم ناقضه صاحبه الشركة، وأراد قبض نصف المتاع، وقال: إذا أخذ الغريم مالك، فارجع علي، ليس له ذلك.

١٠٦٢٩ – مفاوض اشترى من رجل عبداً بألف درهم، فلم يقبضه، حتى لقي البائع صاحبه، فاشتراه منه بألف درهم وخمس مائة، فإنه يكون الشراء الثاني، والأول ينتقض، والمتفاوضان بمنزلة رجل واحد. المعلى في "نوادره" عن أبي يوسف في رجل كان له على المتفاوضين مال، وأبرأ أحدهما عن حصته، فهما بريئان جميعاً.

١٠٦٣٠ – في "الفتاوى": سئل أبو بكر عن شريكين خان أحدهما، وعمل الآخر بالمال، حتى ربح أو وضع، فإن الشركة بينهما قائمة إلى أن يتم الوقت الذي يتفقون عليه، فإذا مضى ذلك الوقت ينفسخ الشركة بينهما، فإذا عمل بالمال بعد ذلك، فالربح كله للعامل، والوضيعة عليه وهو كالغاصب لمال المخون، فيطيب له من الربح حصة ماله، ولا يطيب له الربح من مال المخون، فيتصدق به.

١٠٦٣١ – قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع": رجل عليه ألف درهم لرجل، فأمر رجلين بأداء الألف عليه، فأدياه، ثم رجع أحدهما على الآمر، فقبض منه خمسمائة، فإن أدياه من مال مشترك بينهما كان لصاحبه أن يشاركه فيه، وإن لم يكن ما أدياه مشتركاً بينهما، فإن كان نصيب كل واحد منهما متميزاً من نصيب صاحبه حقيقة، إلا أنهما أدياه جميعاً، فإن أحدهما لا يشارك صاحبه فيما قبض؛ لأن في الأمر بقضاء الدين الرجوع بحكم الأداء، ولهذا لا يرجع قبل الأداء، فيعتبر حال المؤدى، فإذا كان المؤدى مشتركاً بينهما يثبت الوجوب مشتركاً، فيكون لكل واحد منهما حق المشاركة مع صاحبه في المقبوض، وإذا لم يكن المؤدى مشتركاً بينهما لا يثبت الوجوب مشتركاً فلا يكون لأحدهما حق المشاركة مع صاحبه فيما قبض.

١٠٦٣٢ - وفيه أيضاً: شاهدان شهدا على رجل أنه كاتب عبداً له بألفي درهم له إلى سنة، وقيمة العبد ألف درهم، ثم رجع الشاهدان عن شهادتهما، كان للمولى الخيار إن شاء ضمن الشاهدين قيمة العبد ألف درهم حالة؛ لأنهما قصرا يد المولى عنه من غير عوض حصل له للحال بشهادتهما الباطلة، وإن شاء أتبع المكاتب بدل الكتابة ألفي درهم إلى سنة، فإن ضمن الشاهدين قيمته حالاً قام الشاهدان مقام المولى في ملك بدل الكتابة؛ لأن بدل الكتابة قابل للانتقال من ملك إلى ملك، ألا ترى أنه قبل الانتقال من ملك المورث إلى ملك الورثة؛ أما نفس المكاتب، فلا يقبل الانتقال، فلهذا قام الشاهدان مقام المولى في ملك بدل الكتابة.

١٠٦٣٣ - فإذا ضمنا وقبضا بدل الكتابة طالبهما بأحد الألفين، ولزمهما التصدق بالألف الأخرى؛ لأنهما استفادا ذلك بسبب خبيث، وهو الشهادة الباطلة، ويكون سبيله التصدق، ويعتق المكاتب؛ لأنه أدى بدل الكتابة إلى من قام مقام المولى، فيعتق كما لو أدى إلى وارث المولى بعد موت المولى، ويكون ولاء المكاتب للمولى؛ لأنه بقي على المكاتب حكم المولى، لما قلنا: إنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك، والشاهدان إنما قاما مقام المولى في ملك البدل لا غير، وإذا بقي المكاتب على ملك المولى كان العتق حاصلاً على حكم ملك المولى، فيكون ولاؤه للمولى.

وإن أدى المكاتب إلى أحد الشاهدين ألف درهم لا يعتق؛ لأنه بعض البدل، وهل لصاحبه أن يشاركه فيما قبض؟ ليس له ذلك؛ لأن الشاهدين ما ملكا رقبة المكاتب، وإنما قاما مقام المولى في ملك البدل[1] لاعتبار[2] ما لزمهما من ضمان القيمة، وما لزم كل واحد منهما من ضمان القيمة منفصل عما لزم الآخر لانفصال محل لزوم كل واحد منهما [من ضمان القيمة منفصل عما لزم الآخر لانفصال محل لزوم كل واحد منهما][3] وهو الذمة، وسبب الوجوب على كل واحد منهما شهادته بالشهادة الفاسدة، وشهادة كل واحد منهما مما لا يتصل بالآخر، وإنما تنقلب الشهادة بعد الرجوع، ورجوع أحدهما غير رجوع الآخر، فصار السبب مختلفاً، فلا يكون لأحدهما حق الشركة مع الآخر.

قال في الكتاب: ويستوي في هذا إن أديا القيمة من مال مشترك وغير مشترك؛ لأن رجوعهما لا يتوقف على الأداء، ألا ترى أن المولى لو اختار ضمانهما كان لهما حق الرجوع قبل

(١) وفي م: البدل.

(٢) وفي ظ: باعتبار مكان لاعتبار.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

مؤدّاه، فلذلك لم يضمن المؤدي. وصارت هذه المسألة نظير الوكيلين بالشراء، فإن في تلك المسألة كان للوكيل حق الرجوع بالثمن.

وكذلك البيع إذا شهد شاهدان على رجل أنه باع عبده هذا من فلان بألفي درهم إلى سنة، وقيمة العبد ألف درهم، والمشتري يدعي ذلك، والبائع يجحده، فقضى القاضي به، ثم رجع الشاهدان عن شهادتهما كان للمولى الخيار، إن شاء اتبع المشتري بالثمن إلى أجله، وإن شاء ضمن الشاهدين قيمته حالة، وقد أدخل الشاهدان في ملك البائع بمقابلة العبد أضعاف قيمته، وذلك ألفا درهم، إلا أن ذلك مؤجل، والمؤجل بمنزلة التاوي، وكان البيع بالإتلاف فصار الشاهدان متلفين للعبد على البائع [من وجه، فوجب الخيار لهذا، فإن اختار تضمين الشهود قام مقام البائع][1] في ملك الثمن، لا في ملك العبد؛ لأن العبد خرج عن ملك المولى إلى ملك المشتري، ورجوع الشاهدين في حق المشتري غير معتبر، فيطيب لهما أحد الألفين، ويتصدقان بالألف الأخرى كما قلنا هنا. فإن قبض أحدهما شيئاً لا يشركه صاحبه فيه؛ لما قلنا في مسألة المكاتب.

١٠٦٣٤ - قال فيه أيضاً: رجلان غصبا عبداً من رجل قيمته ألف درهم، فصارت قيمته ألفي درهم، ثم جاء رجل، وغصب العبد منهما، فمات في يده، ثم حضر المولى، فهو بالخيار، إن شاء ضمن الغاصبين الأولين قيمته ألف درهم، وإن شاء ضمن الغاصب الثاني ألفي درهم؛ لأنهما بأداء الضمان ملكاه من وقت الغصب، فتبين أن الثاني غصب ملكهما، فيأخذان منه ألفي درهم، ويطيب لهما أحد الألفين، ويتصدقان بالألف الزائدة لاستفادتهما ذلك بسبب خبيث، ولأن ملك الغاصبين في العبد وقت الغصب الثاني ثابت من وجه دون وجه لما عرف في الأصل في المستندات، وكان هذا ربح ما لم يملكه من وجه، فيتمكن فيه نوع خبث.

قالوا: ويجب أن يكون هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ومحمد، أما على قول أبي يوسف: يطيب لهم الألف الزائدة بناء على أن عندهما شرط طيب الربح الملك، والضمان، فإذا كان الملك عدماً من وجه لم يتحقق شرط طيب الربح، وعند أبي يوسف شرط طيب الربح الضمان لا غير.

١٠٦٣٥ - فإن قبض أحدهما من الثاني ألف درهم كان للآخر أن يشاركه فيه؛ لأنهما ملكا العبد بسبب الشركة فيه، وهو الغصب، واستوجبا القيمة على الثاني بسبب واحد، وهو

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من م و ب.

فإذا لم يكن للثاني أن يشارك الأول فيما قبض، كان للثاني أن يتبع المشتري بنصيبه، فإن قبضا جميعًا الثمن على هذا الوجه، ثم إن الأول وجد ما قبض ستوقة، أو رصاصًا، كان له الخيار، إن شاء اتبع المشتري بنصف الثمن، وإن شاء شارك شريكه فيما قبض، ثم يتبعان المشتري بنصف الثمن؛ لأن الستوقة، والرصاص ليسا من جنس الدراهم، فصار كأن القبض لم يوجد، ولو لم يوجد ذلك القبض وجب الشركة بينهما، كذا ههنا.

ولو وجد الأول ما قبض بنهرجة، أو زيوفًا، فردها على المشتري، ليس له أن يشارك الثاني فيما قبض؛ لأن بالرد بسبب الزيافة ينتقض القبض بعد صحته على ما عرف في موضعه، فلا يعود حقه بعدما بطل.

وهذا لا يشكل على قول أبي يوسف، ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأن عندهما برد الزيافة لا ينتقض القبض من الأصل، إنما يشكل على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، فإن عنده برد الزيافة ينتقض القبض من الأصل، إلا إذا كان المردود شيئًا قليلا.

أصله مسألة السلم على ما عرف، لما كان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن القبض ينتقض برد الزيافة من الأصل، صار الزيوف والستوقة سواء، فينبغي أن يثبت للأول حق الشركة مع الثاني فيما قبض، فمن مشايخنا من قال: المذكور في الكتاب قولهما، لا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ومنهم من قال: لا، بل هذا قول الكل. والفرق لأبي حنيفة رحمه الله تعالى على قول هذا القائل بين هذا وبين السلم أن الرد بسبب الزيافة نقض للقبض من الأصل، لكن بعد صحة القبض، فإن اتصل بالقبض حكم لا يحتمل النقض، لا يظهر النقض في حقه، كما في عتق المكاتب ونظائره على ما عرف وإن لم يتصل بالقبض حكم لا يحتمل الفسخ، يظهر النقض من الأصل، وفي مسألة السلم لم يتصل بقبض الزيوف إلا إسلام العقد، وهو السلم، والسلم محتمل للنقض فظهر النقض في حقه، أما ههنا اتصل بالقبض ما يحتمل النقض، وهو تفرق الصفقة، فإن الأول حين قبض الزيوف، وقبض الزيوف قبض صحيح حكمنا بتفريق الصفقة، والصفقة متى تفرقت في البيع لا تحتمل الاتحاد مع بقاء العقد، فلم يظهر النقض من الأصل في حقه، كما لم يظهر في حق عتق المكاتب.

ولو كان الثاني هو الذي وجد ما قبضه ستوقًا، أو رصاصًا، أو زيوفًا، فردها على المشتري، لم يكن له أن يشارك الأول فيما قبض؛ لأن أكثر ما في الباب أن يجعل قبض الثاني كأن لم يكن، ولكن لو لم يوجد القبض من الثاني لم يكن له على الأول سبيل، لما مرّ قبل هذا، فههنا كذلك.

والفرق الثاني: أن في مسألة الغاصبين البائع اثنان، وعند تعدد البائعين الصفقة تحتمل الافتراق، ولهذا تفترق بافتراق التسمية[1]، فجاز أن تفترق باختلاف صفقة المسمى، وهي صيرورة نصيب أحدهما عيناً، وبقاء نصيب الآخر ديناً، وعند افتراق الصفقة لا يكون الثمن مشتركاً، أما هنا العاقد من كل جانب واحد، وعند اتحاد العاقد من الجانبين الصفقة لا تحتمل التفرق، ولهذا لا يتفرق بتفرق التسمية، وعند اتحاد العقد، فالثمن يكون مشتركاً.

١٠٦٤١ - وفيه أيضاً: عبد بين رجلين، غصب رجل أجنبي نصيب أحدهما، ثم أن الغاصب باعه من الشريك الآخر جملة من رجل، جاز البيع في نصيب المولى، ولم يجز في المغصوب، بل توقف على إجازة المغصوب منه، فلو أجاز المغصوب منه في نصيبه قبل قبض الشريك حصته من الثمن، صار الثمن مشتركاً، حتى لو قبض أحدهما شيئاً منه كان لصاحبه أن يشاركه فيه؛ لأنه لما التحقت الإجازة بالعقد صار الغاصب بمنزلة الوكيل من المالك، وبيع الوكيل بيع الموكل، ولو باعه المولیان معاً بثمن واحد، كانا شريكين في الثمن، فههنا كذلك.

١٠٦٤٢ - فإن كان المالك قبض نصيبه، ثم أجاز أحدهما البيع لم يكن له أن يشارك الأول فيما قبض، ولم يجعل الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، بخلاف ما إذا كان العاقد واحداً، والفرق وهو أن الإجازة توجب الجواز بطريق الاستناد، لكن على الصفة التي كانت الصفقة بتلك الصفة، وعند تعدد البائعين إذا قبض المالك نصيبه قبل إجازة صاحب الصفقة قد افترقت لافتراق صفة المسمى، والإجازة التحقت بصفقة متفرقة، فأوجب الجواز بطريق الاستناد، لكن بصفة الافتراق، فلم يجب القول بالشركة.

١٠٦٤٣ - فأما إذا كان العاقد واحداً، فالصفقة متحدة؛ لأنها لا تحتمل الافتراق، لما مر، فعند لحوق الإجازة بالصفقة يثبت الجواز بصفة الاتحاد، ووجب القول بالشركة.

وكذلك الرجلان إذا باعا عبداً على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فأجاز أحدهما، ثم أجاز الآخر، ثم قبض أحدهما شيئاً من الثمن، شاركه صاحبه فيه. ولو أن الذي أجاز أولاً قبض نصيبه، ثم أجاز الآخر، لم يشاركه فيما قبض، والمعنى ما مر.

(١) هكذا في ...، وحاشية ظ، وكان في الأصل، ومتن ظ: القيمة، وفي م: النسخة

كتاب الصيد

هذا الكتاب يشتمل على اثنى عشر فصلا:

الفصل الأول: في بيان ما يؤكل من الحيوانات، وما لا يؤكل

الفصل الثاني: في بيان ما يملك من الصيد، وما لا يملك.

الفصل الثالث: في شرائط الاصطياد.

الفصل الرابع: في بيان الشرائط في الآلة

الفصل الخامس: في الشرائط التي في الصيد

الفصل السادس: فيما يقبل الذكاة من الحيوان، وما لا يقبل.

الفصل السابع: في صيد السمك.

الفصل الثامن: في الرجل يسمع حس صيد(١)، ويرميه، ثم تبين خلافه.

الفصل التاسع: في الأهلي يتوحش.

الفصل العاشر: فيما أبين من الصيد.

الفصل الحادي عشر: في بيع آلة الاصطياد.

الفصل الثاني عشر: في المتفرقات.

---

(١) كذا في الأصل، وفي الأصلية: حس صيد.

وفي "المنتقى": عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه قال: لا بأس بأكل العقعق، وقال: إنه يخلط الحب مع الجيف، وإنما يكره من الطير ما لا يأكل إلا الجيف، ومن له مخلب.

١٠٦٤٦ - أما الغراب الأبقع والأسود، فهو أنواع ثلاثة: زرعي، يلتقط الحب، ولا يأكل الجيف، وإنه لا يكره، ونوع منه لا يأكل إلا الجيف، وإنه مكروه، ونوع منه يخلط الحب بالجيف، يأكل الحب مرة، ويأكل الجيف أخرى، وإنه غير مكروه عند أبي حنيفة رحمه الله، وعند أبي يوسف يكره.

١٠٦٤٧ - والفاختة تؤكل، وكذلك الدبسي، وكذلك الخطاف، وأما الخفاش فقد ذكر في بعض المواضع أنه يؤكل، وذكر في بعض المواضع أنه لا يؤكل؛ لأن له نابا.

الفصل الثاني
في بيان ما يملك من الصيد، وما لا يملك

١٠٦٤٨ - يجب أن يعلم بأن الصيد إنما يملك بالأخذ، قال عليه الصلاة والسلام: «الصيد لمن أخذه»[1].

١٠٦٤٩ - والأخذ نوعان: حقيقي وحكمي، فالحقيقي ظاهر، والحكمي باستعمال ما هو موضوع للاصطياد، قصد به الاصطياد أو لم يقصد، حتى أن من نصب شبكة، فتعلق به صيد، ملكه صاحب الشبكة؛ لأن صاحب الشبكة صار آخذاً للصيد بالشبكة من حيث الاعتبار؛ لأن الشبكة إنما تنصب لأخذ الصيد، حتى لو نصبها للتجفيف، فتعلق بها صيد، لا يملكه؛ لأنه لم يصر آخذاً له بالشبكة، اعتباراً أنه نصبها لغرض آخر، وباستعمال ما ليس بموضوع للاصطياد إذا قصد به الاصطياد، حتى إن من نصب فسطاطاً، وتعلق به صيد، إن قصد بنصب الفسطاط الصيد، ملكه، وإن لم يقصد به الصيد، لا يملكه.

١٠٦٥٠ - ذكر الحاكم الشهيد في «المنتقى»: رجل هيأ موضعاً يخرج منه الماء إلى أرض له، ليصيد السمك في أرضه، فخرج الماء من ذلك الموضع إلى أرضه بسمك كثير، ثم ذهب الماء، وبقي السمك في أرضه، أو لم يذهب الماء إلا أنه قل، حتى صار يؤخذ السمك بغير صيد، فلا سبيل لأحد على هذا السمك، وهو لرب الأرض، ومن أخذ منه شيئاً ضمنه. ولو كان الماء كثيراً لا يقدر على السمك الذي فيه إلا بصيد فمن اصطاد منه شيئاً، فهو له.

١٠٦٥١ - ولو كان صاحب الأرض حفر نهراً لا يريد به الصيد، لا يصير آخذ السمك بوقوعه فيها، لا حقيقة، ولا حكماً؛ فيكون لمن أخذه.

١٠٦٥٢ - وإن هيأ موضعاً لذلك، ودخل فيه السمك، وصار بحال يؤخذ من غير صيد، صار آخذاً للسمك بدخوله فيه، وصار ملكاً له، فلا يكون لأحد عليه سبيل.

١٠٦٥٣ - وفيه أيضاً: لو أن صيداً باض في أرض رجل، أو تكسر فيها، فجاء آخر، فأخذه، فهو له؛ لأن صاحب الأرض لم يصر آخذاً له بأرضه، فيكون للآخذ، وهذا إذا كان صاحب الأرض بعيداً من الصيد، بحيث لا يقدر على أخذه لو مد يده، فأما إذا كان صاحب

(١) ذكره الإمام الزيلعي في «نصب الراية» (٤/٣١٨) ثم قال: قلت: غريب في كتاب التذكرة لأبي عبد الله محمد بن حمدون.

الأرض قريباً من الصيد، بحيث يقدر على أخذه، فالصيد لصاحب الأرض؛ لأنه صار آخذاً له تقديراً، لتمكنه من الأخذ حقيقة. وإن لم يصر آخذاً له بالرقبة، فيكون للآخذ.

١٠٦٥٤ - وعلى هذا[1] إذا حفر بئراً، ولم يقصد الاصطياد، فوقع الصيد فيها، فجاء آخر وأخذه، إن دنا صاحب البئر من الصيد بحيث لو مد يده يقدر على أخذه. فهو لصاحب البئر؛ لما قلنا.

١٠٦٥٥ - وإذا دخل الصيد دار إنسان، وأغلق صاحب الدار الباب عليه، وصار بحال يقدر على أخذه من غير صيد، ذكر في "العيون": أنه إن أراد إغلاق الباب للصيد، ملكه. وإن لم يرد، لا يملكه. حتى لو أخذه الآخر، كان الصيد لصاحب الدار في الأول، وفي الثاني يكون للآخذ.

١٠٦٥٦ - وفي "المنتقى": صيد دخل دار رجل، فلما رآه أغلق بابه، وصار الصيد بحال لا يقدر على الخروج، وصاحب الدار يقدر على الأخذ من غير اصطياد. فقد صار صاحب الدار آخذاً مالكاً، ولو أغلق الباب، ولم يعلم به، لا يصير آخذاً مالكاً. حتى لو خرج الصيد بعد ذلك، في الفصل الأول، وأخذه غيره، لا يملكه، في الفصل الثاني يملكه، ولم يشترط إغلاق الباب للصيد.

في "المنتقى": وظن بعض مشايخنا أن رواية "المنتقى" بخلاف رواية "العيون" وليس كما ظنوا، فشرط إغلاق الباب للصيد في "المنتقى" ثابت دلالة، فإنه قال في "المنتقى": فلما رآه، أغلق بابه، وإغلاق الباب عند رؤية الصيد يكون لأجل الصيد، ظاهراً.

١٠٦٥٧ - في "الأصل": من أخذ صيداً، أو فراخ صيد من دار رجل، أو من أرض رجل، فهو للآخذ، إلا أن يحوزه صاحب الدار بالقبض، أو بإغلاق الباب، ويصير بحيث يقدر على أخذه من غير صيد، فحينئذ يكون لصاحب الدار دون الآخذ.

قال مشايخنا: وليس معنى قوله. يقدر على أخذه من غير صيد أنه لا يحتاج في أخذه إلى المعالجة، وإنما معناه أنه يمكن أخذه بقليل المعالجة من غير شبكة، ولا سهم.

ومن مشايخنا من قال: إذا اتخذ داراً، أو شجرة، ليفرخ الطائر فيها فالفرخ له.

في "المنتقى" أيضاً: رجل نصب حبالة، فوقع فيها صيد، فاضطرب وقطعها، وتفلت، فجاء آخر، وأخذ الصيد، فالصيد للآخذ، ولو جاء صاحب الحبالة ليأخذه، فلما دنا منه، بحيث يقدر على أخذه إن شاء، فاضطرب، وانفلت، فأخذه، فهو لصاحب الحبالة

---

(١) وفي م: وعلى صاحب هذا.

والفرق أن في الفصلين جميعًا صاحب الحبالة وإن صار آخذًا للصيد، إلا أن في الفصل الأول بطل الأخذ قبل تأكده، وفي الفصل الثاني بطل بعد تأكده، وكذلك صيد الكلب، والبازي، إذا انفلت على هذا التفصيل.

وإذا رمى بالشبك في الماء، فتعلق به السمكة، ثم انقطع الخيط في الماء قبل أن يخرج السمك، وذهب السمك، وأخذه آخر، فهو للآخذ.

١٠٦٥٨- ولو رمى صاحب الشبك السمك خارج الماء في موضع يقدر على أخذها، فاضطربت، ووقعت في الماء، وذهبت، فأخذها آخر، فهي لصاحب الشبك، وهو بناء على ما قلنا، ذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى في "واقعاته" مسألة الشبك.

١٠٦٥٩- في "المنتقى" ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: في رجل رمى صيدًا، فأثر عنه، فغشي عليه ساعة من غير جرح، ثم ذهب عنه الغشية، فمضى، فكان طائرًا، فطار، فرماه رجل آخر، فصرعه، فأخذه، فهو للآخذ على، فقال: لأن الأول لم يأخذه حين صرعه، ولما ذهب عنه الغشية من الرمية الأولى، عاد إلى حالة الصيد، فقد أخذه الآخر، وهو صيد، وإن أخذه الأول في غشيته ذلك، وأخذه الآخر وهو على تلك الحالة قبل استقلاله، وتحامله، فهو للأول منهما الذي رماه. قال: لأنه لا أدري لعله لم يكن يستقل منهما، وإن استقل قبل أن يأخذه الأول، فقد عاد إلى حاله قبل أن يرميه، وصار صيدًا، فيكون لمن أخذه، قال: وهو بمنزلة رجل نصب شبكة ووقع فيها صيد، وصاحب الشبكة غائب، فانفلت الصيد منها، فرماه آخر، فهو للآخر. وإن كان صاحب الشبكة أخذه حين وقع في الشبكة، فهو لصاحب الشبكة.

ثم فرق بين هذه المسألة وبين ما إذا رمى إلى صيد، وجرحه جراحة لا يستطيع معها النهوض، فبيت كذلك ما شاء الله، وبرأ، ثم رماه آخر، فقتله، فالصيد للأول.

١٠٦٦٠- وفي "الأصل": إذا رمى صيدًا، فجرحه، فأخذه، فالصيد للذي رماه؛ لأن الأول لما جرحه صار آخذًا، فصار ملكًا له، وهذا يخالف ما ذكر في "المنتقى".

١٠٦٦١- وفي "الأصل" أيضًا: لو رمى صيدًا، فأصابه، وأثخنه بحيث لا يستطيع براحًا، ثم رماه آخر، وقتله، فالصيد للأول، وإن كان يتحامل، ويطير مع ما أصابه من السهم الأول، فرماه الثاني، فقتله، فهو للثاني؛ لأن في الفصل الأول صار آخذًا له، ولا كذلك في الفصل الثاني.

١٠٦٦٢- ولو رمى رجلان صيدًا معًا، فأصابه سهم أحدهما قبل صاحبه، وأثخنه،

يمكن أخذه إلا بصيد، فهو للآخذ، وإن أمكن من غير صيد، فهو لصاحب الأجمة؛ لأن صاحب الأجمة صار آخذاً له.

نوع آخر من جنس هذه المسائل:

١٠٦٦٧- في "المنتقى" داود بن رشيد عن محمد: في نحل اتخذ كوارات في أرض رجل، فخرج منها عسل كثير، كان ذلك لصاحب الأرض، ولا سبيل لأحد أخذه، قال: ولا يشبه هذا الصيد وبيضه. وأشار إلى معنى الفرق، فقال: الصيد يجيء ويذهب، والبيض يصير طائراً ويطير، وإنما شبه بالطير في هذا النحل نفسها، ولو أخذ النحل أحد كانت له، وأما العسل، فلم يكن صيداً قط ولا يصير صيداً قط.

عن أبي يوسف: إذا وضع الرجل كوارة النحل، فعسلت فيها، فالعسل لصاحب الكوارة.

١٠٦٦٨- في "المنتقى" إبراهيم عن محمد: إذا وضع الرجل الشبكة بين يدي قوم، وقال: خذوه، فمن أخذه، فهو جائز لمن أخذه. اختلف العلماء في صحة أنه تمليك أو إباحة، قال بعضهم: تمليك، ولكن من مجهول يصير معلوماً عند الأخذ، وقال بعضهم: إنه إباحة.

قال: إذا نثره، فوقع في حجر رجل، أو كم رجل، فأخذه آخر، فهو للذي أخذه، هكذا ذكر في "الكتاب".

وعلى قياس ما تقدم ينبغي أن يكون الجواب على التفصيل: إن بسط هذا الرجل كمه، وذيله، ليقع فيه السكر، كان السكر له، وليس لأحد أن يأخذه، ولو أخذ لا يملكه، وإن لم يبسط لذلك، فالسكر لمن أخذه، وهكذا ذكر المسألة على هذا التفصيل في كراهة "فتاوى أهل سمرقند".

١٠٦٦٩- وفي "الأمالي" عن محمد: رجل سيل ماء في أرضه، وأرضه ملاحة، فمن أخذ من ذلك الماء شيئاً، فلا ضمان عليه، وإذا صار ذلك الماء ملحاً، فلا سبيل لأحد عليه؛ لأنه ما دام ماء، فحكم الشركة فيه ثابت، وبعد ما صار ملحاً صار من جنس أرضه، واتصل بأرضه اتصالاً تعذر معه التميز، فصار محرزاً له.

١٠٦٧٠- قال: وفي نهر شق في أرض رجل، فتقدم الطين في أرضه، فصار قدر ذراع، أو ذراعين، فلا سبيل لأحد على ذلك الطين، لما بينا في المسألة الأولى، ومن أخذ منه شيئاً ضمنه.

الفصل الثالث
في شرائط الاصطياد

١٠٦٧١ - يجب أن يعلم أن الاصطياد بثلاثة أشياء: الصائد، والآلة، والصيد، وفي كل واحد من هذه الأشياء الثلاثة شرائط، وهذا الفصل لبيان الشرائط في الصائد، فنقول: ينبغي أن يكون الصائد من أهل الذكاة، وذلك بأن يعقل الذبح والتسمية، حتى لا يؤكل صيد الصبي والمجنون، إذا كانا لا يعقلان الذبح والتسمية، ويؤكل صيدهما إذا كانا يعقلان ذلك، ويريد بذلك إذا أرسل كلبه، أو بازه، أو رمى، فأصاب الصيد وقتله. وأن يكون له ملة التوحيد دعوى واعتقادًا كالمسلم، أو دعوى لا اعتقادًا كالكتابي، حتى أن المجوسي إذا أرسل أو رمى إلى صيد، فأصابه، وقتله لا يحل أكله، وهذا: لأن الإرسال، والرمي ذبح من المرسل والرامي حكمًا، فيعتبر بالذبح حقيقة، والإباحة لا تثبت بذبح المجوسي حقيقة؛ لأنه ليس له ملة التوحيد؛ لأنه مشرك يدعي الاثنين، حكمًا، فكذا لا يثبت بذبحه حكمًا. وكذلك لا يؤكل صيد المرتد؛ لأنه لا ملة له.

ويشترط مع ذلك أن لا يكون محرمًا؛ وأن لا يكون في الحرم. والتسمية شرط عند الإرسال والرمي؛ لما ذكرنا أن الإرسال ذبح من المرسل والرامي حكمًا، والتسمية عند الذبح حقيقة شرط، فكذا عند الذبح حكمًا.

١٠٦٧٢ - ولا بأس بصيد الأخرس من المسلم والكتابي؛ لأن له ملة التوحيد، وملة التوحيد تقام مقام التسمية، ألا ترى أنها أقيمت مقام التسمية في حق الناسي، ففي حق الأخرس أولى.

١٠٦٧٣ - ولو أرسل النصراني، أو الذمي، وسمى باسم المسيح لم يؤكل، وكذلك الإرسال شرط عندنا في الكلب، والبازي، حتى إن الكلب المعلم إذا انفلت للأخذ، فأخذ صيدًا[١]، وقتله لا يؤكل، فإن صاح به صاحب الكلب صيحة بعدما انفلت، وسمى، فإن لم ينزجر بصياحه بأن لم يزدد طلبًا، وحرصًا للأخذ وأخذ الصيد، وقتله لا يؤكل؛ لأنه لما لم ينزجر بصياحه صار وجود الصياح والعدم بمنزلة. وأما إذا انزجر بصياحه وأخذ الصيد، وقتله، فالقياس أن لا يؤكل، وفي الاستحسان: يؤكل.

(١) وفي م: إذا انفلت من صاحبه، فأخذ صيدا.

١٠٦٧٤ - فرق على جواب الاستحسان بين هذه المسألة، وبين ما إذا أرسل كلبه، ولم يسم عمداً، ثم زجره، وسمى، فانزجر وأخذ الصيد لا يحل تناوله، والفرق أن إرساله فعل معتبر في نفسه، فقد تعلق به حكم، فأخرجه إلى نسخه، والشيء لا ينسخ بما دونه، والزجر دون الإرسال. فأما انبعاث الكلب، فغير معتبر؛ لأنه فعل العجماء، ألا ترى أنه لا يتعلق به حكم، فالحاجة إلى ابتداء الفعل ههنا لا نسخ إلى فعل معتبر، فإذا انزجر بزجره جعل ذلك بمنزلة ابتداء الإرسال، وقد سمى عند ذلك فيحل.

١٠٦٧٥ - وبني هنا الأصل قلنا: إذا أرسل المسلم كلبه إلى صيد، وسمى فزجره مجوسي، وانزجر بزجره، وأخذ الصيد، وقتله يؤكل، ومثله لو أرسل المجوسي، أو من بمعناه كلبه، فزجره مسلم، وسمى، وانزجر بزجره، وقتل الصيد لا يؤكل؛ لأن الإرسال وقع معتبراً في الفصلين جميعاً، حتى تعلق به حكم، فلا ينسخ بالانزجار الذي دونه.

١٠٦٧٦ - وقد ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في "شرح كتاب الصيد" [في مسألة المسلم إذا أرسل كلبه، وزجره مجوسي أنه إنما يؤكل الصيد][1]: إذا زجره المجوسي في ذهابه، فأما إذا وقف الكلب عن سنن الإرسال، ثم زجره المجوسي بعد ذلك، وانزجر لا يؤكل.

١٠٦٧٧ - وكذلك يشترط أن لا يشاركه في الإرسال والرمي الذي لا يحل ذبيحته، كالوثني، والمجوسي، وتارك التسمية عمداً؛ لأنه يجتمع في الصيد سبب الحرمة، وسبب الإباحة، وكذلك يشترط أن لا يشتغل بعمل آخر بعد الرمي، والإرسال، بل يتبع أثر الصيد.

١٠٦٧٨ - قال في الكتاب: إذا توارى الصيد، والكلب عن المرسل، ثم وجده بعد، وقد قتله، وليس فيه أثر غيره، فهذا على وجهين: إما إن لم يترك الطلب حتى وجده كذلك، والكلب عنده، وفي هذا الوجه القياس أن لا يؤكل، وفي الاستحسان يؤكل، شرط في الكتاب أن يكون الكلب عنده، قالوا: وهذا شرط لازم للحل على جواب الاستحسان؛ لأن الكلب إذا كان عنده، فالظاهر أنه قتيل الكلب، فأما إذا وجد الصيد ميتاً، والكلب قد انصرف عنه، فلا يؤكل قياساً، واستحساناً؛ لأنه يحتمل أن القتل حصل بسبب آخر

١٠٦٧٩ - وأما إذا اشتغل بعمل آخر بعد ما أرسل الكلب، حتى إذا كان قريباً من الليل طلبه، فوجده ميتاً، والكلب عنده، وبه جراحة لا يدري أن الكلب جرحه، أو غيره، فقال في الكتاب: كرهت أن آكله؛ لأنه لو لم يترك طلبه ربما وجده حياً فذكاه، فيصير تارك الذكاة

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الاختياري فيه مع القدرة عليه، ولأنه يحتمل أنه قتيل غيره، لكن سقط اعتبار هذا الاحتمال ما دام في طلبه، تبقى معتبراً إذا ترك طلبه.

ثم ذكر في هذا الفصل: كرهت أكله، وأراد به كراهة التحريم، نص عليه شمس الأئمة الحلواني، وشمس الأئمة السرخسي، وذكر في "القدوري" نصاً أنه لا يؤكل، وذكر شيخ الإسلام: أنه أراد به كراهة التنزيه، والأول أصح.

وهذا كله إذا وجده وبه جراحة واحدة يعلم أنها جراحة الكلب، أما إذا علم بالعلامة أنها جراحة غير الكلب، أو علم أنها جراحة الكلب إلا أن بها جراحة أخرى ليست جراحة الكلب لا يؤكل، ترك الطلب أو لم يترك، وكذلك الجواب في البازي، والصقر من أوله إلى آخره.

[والجواب في الرمي] هكذا إذا رمى سهماً إلى صيد فأصابه، وتوارى عن بصره، ثم وجده ميتاً، وبه جراحة أخرى، إن لم يشتغل بعمل آخر يؤكل استحساناً، وإن اشتغل بعمل آخر لا يؤكل قياساً واستحساناً.

الفصل الرابع
في بيان الشرائط في الآلة

١٠٦٨٠ - فنقول: الآلة نوعان: جماد كالمزراق، والسهم، والرمح، والمقراض وأشباهها، وحيوان كالكلب ونحوه، والصقر، والبازي، ونحوهما، فإن كانت الآلة حيوانًا، فمن شرطها أن تكون معلمة، قال الله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾[1]، وقال عليه الصلاة والسلام: «إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل»[2] الحديث، ولا يكون الكلب معلمًا إلا بالإمساك علينا، وترك الأكل، وإن كان يجيبه إذا دعاه، وإذا أرسله على الصيد يصيد فعلامة تعلم الكلب وما بمعناه ترك الأكل من الصيد.

وكان أبو حنيفة لا يحد في ذلك حدًا، ولا يوقت في ذلك وقتًا، وكان يقول: إذا كان معلمًا فكل، وربما كان يقول: إذا غلب على ظن الصائد أنه معلم، فهو معلم، وربما كان يقول: يرجع في ذلك إلى قول أهل العلم من الصائدين، فإذا قالوا: صار معلمًا، فهو معلم. وروى الحسن عنه إذا ترك الأكل ثلاثًا، فهو معلم، وهو قول أبي يوسف ومحمد. ثم في ظاهر روايتهما لا يحل الثالث، وإنما يحل الرابع، وروي عنهما أيضًا أنه يحل الثالث.

١٠٦٨١ - وأما البازي وما بمعناه، فترك الأكل في حقه ليس علامة تعلمه، وإنما علامته أن يجيب صاحبه إذا دعاه، حتى إن البازي وما بمعناه إذا أكل من الصيد يؤكل صيده. قال بعض مشايخنا في البازي: هذا إذا أجاب صاحبه عند الدعوة الثالثة من غير أن يطمع في اللحم، فأما إذا كان لا يجيب إلا لطمع في اللحم لا يكون معلمًا، ومتى حكم بتعليم البازي، فقرّ من صاحبه، ولم يجب إذا دعاه أخرج من حكم المعلم، ولا يحل صيده، وكذلك الكلب إذا أكل من الصيد خرج من حكم المعلم وحرم ما عند صاحبه من الصيود قبل ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما لا يحرم الصيود التي أحرزها صاحبها ولم يؤكل منها قبل هذا إذا كان العهد قريبًا بأخذ تلك الصيود، وأما إذا كان بعيدًا بأن مضى شهر، أو نحوه وقد

---

(١) سورة المائدة، الآية ٤.

(٢) أخرجه الطيالسي في "مسنده" (١٠٢٥)، والطبراني في "المعجم الكبير" (١٥٧)، والبيهقي في "الكبرى" (١٨٦٦٦)، باب المعلم يأكل من الصيد الذي قد قتل، وذكره الزيلعي في "نصب الراية" (٤/٣١٢)، والإمام الذهبي في "ميزان الاعتدال" (٢٦٤٠) إلى تحت ترجمة داود بن عمرو الدمشقي، والزرقاني في "شرحه" (٣/ ١٣٤).

فلو صاحبه تلك الصيود لم يجز بلا خلاف.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي: والأظهر أن الخلاف في الفصلين جميعًا، وأجمعوا أن ما لم يحرزه المالك من صيوده أنه يحرم، هكذا ذكر شيخ الإسلام.

فالحاصل أن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه يحكم بجهله مستندًا، وهما يقولان: حكمنا بإباحة ما أحرزه المالك من صيوده بنوع اجتهاد، فلو نقضنا هذا الحكم نقضناه باجتهاد مثله؛ لأن أكله من الصيد الذي أكل يحتمل أن يكون لجهله، وتركه الأكل فيما مضى كان لشبعه لا لعلمه، ويحتمل أن أكله كان لشدة جوعه، أو لأنه نسي ذلك، وهذا لا يوجب جهله فيما مضى، فرجّحنا ما يوجب الحرمة في المستقبل احتياطًا، ولكن لم ينقض ما حكمنا به من الإباحة فيما مضى بالاجتهاد الثاني، بخلاف ما لم يحرز من الصيود؛ لأنا لم نحكم بإباحة ما لم يحرزه من كل وجه، فإنا إنما نحكم بالإباحة بعد خروجه من أن يكون صيدًا، وقبل الإحراز شيء من معنى الصيدية باقٍ، وهو أنه في المفازة.

وأبو حنيفة رحمه الله تعالى قال: المقصود من إباحة الأكل الأكل، وإنه لم يوجد، وظهور اجتهاد آخر قبل حصول ما هو المقصود من الإباحة كظهور اجتهاد آخر للقاضي قبل القضاء.

١٠٦٨٢ - وأما ما باع المالك مما [قدر][1] من صيوده، فلا شك أن على قولهما: لا ينقض البيع فيه، فأما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، فينبغي أن ينقض البيع إذا تصادق البائع والمشتري على كون الكلب جاهلا، قال: ولا يحل صيده بعد ذلك حتى يعلم، وحد تعليمه ما ذكرنا في ابتداء الأمر على الخلاف، وكذلك هذا الخلاف في البازي إذا فرّ من صاحبه فدعاه فلم يجبه حتى حكم بكونه جاهلا، إذا أجاب صاحبه ثلاث مرات بعد ذلك على الولاء يحكم بتعلمه عندهما.

١٠٦٨٣ - ولو شرب الكلب من دم الصيد يؤكل، وإن أخذ الرجل الصيد من الكلب، ثم وثب عليه الكلب فانتهب منه، أو رمى به صاحبه إليه، فأكلها لم يفسد، وهو على تعلمه؛ لأنه انتهى موجب الإمساك لصاحبه بعد التسليم إليه، فالأكل بعد ذلك لا يدل على خلل في علم الاصطياد، ولو كان أكل قبل أن يأخذه صاحبه كرهت أكله لما مرّ.

١٠٦٨٤ - ولو اتبع الكلب الصيد، فانتهش منه قطعة فأكلها، ثم أخذ الصيد بعد ذلك فقتله، ولم يأكل منه شيئًا لم يؤكل؛ لأن الأكل منه قد وجد في حالة الاصطياد، فلم يكن

---

(١) هكذا في ظ، وكان في ف، و م، ورد.

ممسكاً على المالك، ولو أكل ما انتهش بعد ما مات، أخذ الصيد وقتله، وأخذه صاحبه منه، فإنه يؤكل؛ لأنه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره، فإذا أكل ما بان منه أولى.

١٠٦٨٥ - وإذا أرسل كلبه، أو بازيه على صيد، فأخذ غيره حل؛ لأن التعيين في الاصطياد ليس وسعه، وكذلك لو أرسله على صيد كثير، وسمى مرة واحدة حال الإرسال، فقتل الكل، حل الكل، وكفاه تسمية واحدة في حق الكل، وكذلك الحكم في البازي.

١٠٦٨٦ - فرق بين هذا وبين ما إذا ذبح شاتين بتسمية واحدة، فإنه لا يحل، والفرق أن الذبح في باب الكلب يحصل بالإرسال، ولهذا يشترط التسمية وقت الإرسال، والإرسال واحد، فيكفيه تسمية واحدة، بمنزلة ما لو رمى سهماً إلى صيد، فنفذ، وأصاب صيداً آخر، بخلاف ما لو ذبح شاة، ثم ذبح أخرى؛ لأن الثاني صار مذبوحاً بغير فعل الأول فلا بد من تسمية أخرى، حتى لو أضجع شاتين، وذبحهما مرة واحدة، فإنه يكفيه تسمية واحدة؛ لأن ذبحهما حصل بفعل واحد.

١٠٦٨٧ - وهذا كله ما دام الكلب في وجه إرساله، فإن انحرف يمنة، أو شمالاً، ثم أخذ صيداً، فإنه لا يحل أكله؛ لأن هذا الأخذ حصل بغير إرسال؛ لأنه أرسله قبل المشرق، وهو قد ذهب إلى المغرب.

١٠٦٨٨ - إذا قتل صيداً، وجثم عليه طويلاً، ثم مرّ به آخر، فأخذه وقتله لم يؤكل؛ لأنه انقطع فور الإرسال، وإذا أمكن الفهد في إرساله حتى استمكن الصيد، ثم وثب عليه، وقتله لم يحرم أكله، وكذلك الكلب إذا فعل مثل ذلك؛ لأن قصده من هذا التمكن من الصيد، وهذه عادة ظاهرة في حق الفهد والكلب، فلا ينقطع به حكم الإرسال.

١٠٦٨٩ - وإذا أرسل بازيه المعلم، فوقع على شيء، أو جلس ثم أتبع الصيد، فأخذه وقتله لا بأس بأكله، وتأويله: إذا مكث ساعة الكمين، حتى لا ينقطع به فور الإرسال، أما إذا مكث زماناً طويلاً، لا يكون للاستراحة بحيث ينقطع به فور الإرسال لا يؤكل.

١٠٦٩٠ - ومن شرطها أن لا يشاركها كلب غير معلم، أو معلم غير مرسل حتى لو أرسل كلبه المعلم، وشاركه في قتل الصيد كلب آخر غير المعلم يريد به أن يأخذ معه، ويجرح معه فإنه لا يؤكل؛ لأنه اجتمع في الصيد ما يبيح وما يحرم، والاحتراز عنه ممكن، فترجح جانب الحرمة احتياطاً.

١٠٦٩١ - وإن رد الصيد عليه، ولم يجرح هو معه، حتى جرحه، أو رده عليه سبع،

فجرحه الكلب المعلم، ومات من جرحه، ذكر محمد في «الأصل»: أنه يكره أكله، قال شيخ الإسلام: لم يرد بهذه الكراهة التحريم، وقال شمس الأئمة الحلواني: أراد بها التحريم، وهو الصحيح.

١٠٦٩٢- وإن رد عليه مجوسي حتى أخذه: لا بأس بأكله، بخلاف ما لو مد المجوسي موضعًا إلى صيد وأصابه، فإنه لا يحل أكله، والبازي في هذا نظير الكلب.

١٠٦٩٣- وإن كان غير المعلم أتبع المعلم واشتد عليه، حتى ازداد طلبًا، وأخذ الصيد لا بأس بأكله، وكذا في البازي.

١٠٦٩٤- ومن شرطها أن لا يوجد منهما بعد الإرسال نوم، ولا أكل، حتى إذا وجد ذلك منه، أو طال وقته لا يؤكل الصيد.

١٠٦٩٥- وكذلك من شرطها أن يكون جارحًا، حتى لو قتله من غير جرح، لا يحل، ذكره في «الزيادات» وفي «المختصر» مطلقًا.

١٠٦٩٦- [وكذلك إذا كسره من غير جرح، لا يحل أكله][1]، وأشار في «الأصل» إلى أنه يحل، فإنه قال: أخذه، وقتله، ولم يفصل بين ما إذا قتله جرحًا أو خنقًا، وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة وأبي يوسف في غير رواية «الأصول» أنه يحل وإن لم يجرحه.

من المشايخ من قال: ما ذكر في «الأصل» قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وما ذكر في «الزيادات» قول محمد، وقيل: ما ذكر في «الأصل» قياس، وما ذكر في «الزيادات» استحسان، والصحيح ما ذكر في «الزيادات».

وروي عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى: أنه إذا كسر عضوًا، وقتله لا بأس بأكله؛ لأن الكسر جراحة في الباطن، فيعتبر بالجراحة في الظاهر.

١٠٦٩٧- هذا كله إذا كانت الآلة حيوانًا، أما إذا كانت الآلة جمادًا، قال محمد في «الأصل»: ولا يحل صيد البندقة، والحجر، والمعراض، والعصا، وما أشبهه، وإن جرح؛ لأنه لا يخرق إلا أن يكون شيء من ذلك قد حدده، وطوله كالسهم، وأمكن أن يرمي به، فإن كان كذلك وخرقه بحده حل، وهذا لأن المطلوب بالذكاة تسييل الدم، وذلك يحصل بالخرق، والبضع، وأما الجرح الذي يدق في الباطن، فلا يخرق في الظاهر، ولا يحصل تسييل الدم به، فهو في معنى الموقوذة، والموقوذة حرام بالنص، ومثل الحديد وغير الحديد في ذلك سواء.

---

(١) هكذا في م، ط.

١٠٦٩٨ - وكذلك لو رمى الصيد بالسكين، فأصابه بحده فجرحه يؤكل، وإن أصابه بقفا السكين، أو بمقبض السيف لم يؤكل، والمزراق كالسهم؛ لأنه يخرق ويعمل في تسييل الدم ما يعمل السهم، وإن حدد مروة، ورمى بها صيداً، حل لحصول تسييل الدم بحدة الآلة.

١٠٦٩٩ - ثم في كل موضع وجد(١) القطع والتسييل، هل يشترط مع ذلك الإدماء؟ اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، منهم من قال: يشترط، ومنهم من قال: لا يشترط، ومنهم من قال: إذا كانت الجراحة صغيرة يشترط، وإذا كانت كبيرة لا يشترط.

١٠٧٠٠ - ولو رمى صيداً بسهم، فمر السهم في سننه، وأصاب صيداً آخر، وأصاب ذلك الصيد، ونفذ منه، وأصاب صيداً آخر، وقتله، فذلك كله حلال. وإن عرض السهم بريح، أو شجر، أو حائط، ورده إلى ورائه، أو يمنة، أو يسرة، وأصاب صيداً، لم يؤكل، وإن لم يرده عن سننه، يؤكل. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه وإن رده يمنة، أو يسرة، يؤكل.

وإن عرض السهم سهم آخر، ورده عن سننه، وأصاب صيداً، وقتله، لم يؤكل، هكذا ذكر في «الأصل»؛ وذكر في «الزيادات» أنه يؤكل.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى: تأويل ما ذكر في «الأصل» أن الرامي الثاني لم يقصد الرمي إلى الصيد، وإنما قصد اللعب، أو تعلم الرمي، أو ترك التسمية عمداً، حتى لو قصد الثاني الاصطياد يحل على رواية «الأصل» أيضاً، وهكذا ذكر القدوري في شرحه: لو كان الريح شديدة، فوقف السهم في سننه، وأصاب الصيد أكل. والله أعلم.

---

(١) وفي ظ، ف: وجد.

الفصل الخامس
في الشرائط التي في الصيد

١٠٧٠١ - فمن شرطه أن لا يشترك في موته سبب آخر سوى جراحة السهم، أو الكلب، أو ما أشبه ذلك، وذلك نحو التردي من موضع، والوقوع في الماء، وجراحة أخرى يتوهم موته من تلك الجراحة.

١٠٧٠٢ - قال محمد في الأصل: إذا أصاب السهم الصيد، فوقع على السطح، أو على الأرض من الهواء، فمات، فإنه يؤكل، وإذا وقع على السطح، أو على الجبل، ثم وقع على الأرض، لا يؤكل؛ لأنها متردية، والمتردية حرام، لجواز أن يكون التردي قتله، والأصل أنه متى دخل على الصيد معنى وحشي، لا يؤكل، وههنا دخل فعل وحشي، لجواز أن يكون التردي قتله.

١٠٧٠٣ - ولو وقع على شيء، ومات، فإن كان ذلك الشيء مثل الأرض لا يقتل، كالسطح، والآجر المبسوطة، يؤكل، وإن كان يقتل مثله، مثل حد الرمح، والقصبة المنصوبة، وحد الآجر، لا يؤكل؛ لأنه يحتمل أن يقتله[1] الرمح، والآجر، والاحتراز عنه ممكن، [فيجب] اعتباره، بخلاف ما لو سقط على الأرض، حيث يؤكل، وإن احتمل أنه مات بسبب السقوط على الأرض؛ [لأن] الاحتراز عن السقوط على الأرض غير ممكن، فسقط اعتباره، وإذا سقط اعتبار السقوط على الأرض، سقط اعتبار السقوط على ما هو مثل الأرض.

١٠٧٠٤ - قالوا: وهذا إذا كانت الجراحة التي أصابه السهم بها جراحة يجوز أن يسلم الصيد منها، بأن أصابه جرحًا أو نحوه، أما إذا كان جرحه لا يجوز أن يسلم منه، بأن لا يبقى فيه من الحياة مقدار ما يبقى في المذبوح بعد الذبح، كالاضطراب ونحوه، لا يحرم بالإجماع؛ لأنه يعلم أنه قتل بالجراحة، لا بالتردي، وإن بقي فيه من الحياة أكثر من ذلك مقدار ما يعيش نصف يوم، أو أكثر، لا يحرم عند محمد رحمه الله تعالى، وعند أبي يوسف: يحرم.

١٠٧٠٥ - إذا رمى طائرًا، فوقع في الماء، إن كان الطير مائيًا، والجراحة فوق الماء، يحل بكل حال عند الكل؛ لأنه إذا كان هكذا يعلم قطعًا أنه قتل بالجراحة، لا بالماء؛ لأنه يعيش في الماء، وإن كانت الجراحة تحت الماء، أو في صيد البري فوق الماء، أو تحته، يحتمل أن يكون

---

(١) وفي م: بقتله.

الموت بسبب الماء، فيأتي الوجوه التي ذكر في فصل التردي من الذي يجوز أن يسلم؛ ويجوز أن لا يسلم من الاتفاق والاختلاف.

وذكر شيخ الإسلام مسألة على هذا الوجه في شرحه، وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه أن الطير إذا وقع في الماء لا يؤكل، بريًا كان أو مائيًا، فيتأمل عند الفتوى.

١٠٧٠٦ - ومن شرائطه: أن يموت قبل أن يصل الصائد إليه، حتى أن يكون حله بلا شبهة وخلاف، فإنه لو وصل إليه الصائد وهو حي، ففيه كلمات، على ما يأتي [بيانه] بعد هذا -إن شاء الله تعالى-

١٠٧٠٧ - ومن شرائطها: أن يكون متنفرًا، أو متوحشًا، ولا يكون ألفًا كالدواجن من الوحوش.

الهلاك، ولم يدركه حل، وهم فرقوا. والجواب في الشاة إذا مرضت، وبقي فيها من الحياة مقدار ما يبقى في المذبوح بعد الذبح، كالجواب في التي أكلها السبع، ويبقى فيها من الحياة مقدار ما يبقى في المذبوح بعد الذبح.

١٠٧٦٠ - وإذا ضرب البازي الصيد بمنقاره، أو بمخلبه، حتى أثخنه، أو جرحه الكلب، ثم جاء صاحبه، ومات الصيد، عامة المشايخ رحمهم الله تعالى على أنه لا يحل أكله.

١٠٧٦١ - [وإذا رمى سهمًا إلى صيد فأصابه، وأثخنه، حتى لا يستطيع براحًا، ثم رماه بسهم آخر، فأصابه، ومات، لا يحل أكله](١). قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني: هذا إذا علم أنه مات من الرمية الثانية، أو لم يعلم أنه مات من أيتهما، أما إذا علم أنه مات من الرمية الأولى حل.

١٠٧٦٢ - إن رماه بسهم، وأصابه، ثم رماه رجل آخر بسهم، وأصابه، إن لم يثخنه الأول، حل؛ وإن أثخنه الأول، إن بقي فيه من الحياة مقدار ما يبقى في المذبوح بعد الذبح، نحو الاضطراب، بأن أثخن الأول رأسه، ففي هذا الوجه يحل أيضًا، وإن كان الباقي فيه من الحياة أكثر مما يبقى في المذبوح بعد الذبح، فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: لا يحرم الصيد بالرمي الثاني؛ لأنه لا عبرة لهذه الحياة عنده، وعلى قول محمد رحمه الله تعالى: يحرم؛ لأن لهذه الحياة عبرة عنده.

١٠٧٦٣ - إذا رمى إلى صيد، وانكسر الصيد بسبب آخر قبل أن يصيبه السهم، ثم أصابه السهم، حل؛ لأنه حين رماه كان صيدًا، والعبرة في حق الحل لوقت الرمي، إلا في مسألة واحدة، ذكرها محمد رحمه الله تعالى في آخر كتاب الصيد.

وصورتها: الحلال إذا رمى صيدًا، والرامي والصيد في الحل، فلم يصل السهم الصيد، حتى دخل الصيد في الحرم، والسهم على فوره، فأصابه السهم في الحرم، ومات في الحرم، أو في الحل، لا يؤكل، واعتبر وقت الإصابة، أما فيما عداها، فالعبرة لحالة الرمي.

١٠٧٦٤ - وفي «النوادر»: إذا رمى سهمًا إلى صيد، فأصابه، ووقع عند مجوسي مقدار ما يقدر على ذبحه، فمات، لا يحل تناوله؛ لأنه قادر على ذبحه بتقديم الإسلام، وإذا وقع عند نائم، والنائم بحال لو كان مستيقظًا يقدر على تذكيته، فمات، روي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: أنه لا يحل؛ لأن النائم عنده كاليقظان في مسائل معدودة من جملتها

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط وم وب.

مثله شبانة. وعن محمد رحمه الله تعالى - أنه يحل، لأن الذئب عنده كالغائب، وكالميت.

١٠٧١٥- وإن وقع عند صبي لا يعقل الذبح، يحل، وإن كان يعقل الذبح، لا يحل.

١٠٧١٦- في «فتاوى أهل سمرقند»: شق الرجل بطن شاة، وأخرج ولدها، وذبح الولد، ثم ذبح الشاة، فإن كانت الشاة لا تعيش من ذلك، لا يحل، وإن كانت تعيش من ذلك، يحل؛ لأن في الفصل الأول الشاة قبل الفصل الثاني، وإنه يصح.

١٠٧١٧- شاة ذبحت، فلم تتحرك بعد الذبح، ولم يخرج منها الدم، فالمسألة على وجهين: إن علم حياتها وقت الذبح، حلت، ذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى [المسألة] في «واقعاته» من غير ذكر خلاف، وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب الصيد اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى في هذا الوجه، قال: كان الفقيه أبو القاسم الصفار يقول: لا يحل لعدم معنى الذكاة، وهو تسييل الدم النجس، وكان الفقيه أبو بكر الإسكاف رحمه الله تعالى يقول: يحل لوجود فعل الذكاة، قال عليه الصلاة والسلام: «الذكاة ما بين اللبة واللحيين»[1]، وإن لم يعلم حياتها وقت الذبح، فإن لم تتحرك، ولم يخرج منها الدم، لا يحل، وإن تحركت، ولم يخرج منها الدم المسفوح، أو خرج منها الدم المسفوح، ولم تتحرك، حل.

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/١٨٥)، وقال: قلت: غريب بهذا اللفظ، وذكره الحافظ ابن حجر في الدراية (٩٠٣) أيضاً، وقال: لم أجده، وأخرج الدارقطني من حديث أبي هريرة، وإسناده واهٍ، وأخرج عبد الرزاق مثله عن عمر بسنده موقوفاً، وعن ابن عباس كذلك.

الفصل السابع
في صيد السمك

١٠٧١٨- الأصل عندنا في إباحة السمك، أن ما مات بآفة يؤكل، وما مات منه بغير آفة لا يؤكل، وإن قتلها شيء من طير الماء أكل؛ لأنه ماتت بآفة. وإن ألقاها في جب ماتت، فكذلك؛ لأن ضيق المكان آفة. وكذا إذا جمعها في حظيرة لا تستطيع الخروج منها، وهو يقدر على أخذها بغير صيد، فمتن كلهن، فلا بأس بأكلهن؛ لأنهن متن لضيق المكان، حتى كانت الحالة هذه، وإن كان لا يقدر على أخذهن من غير صيد، فلا خير في أكلهن؛ لأنه لم يظهر لموتهن سبب.

١٠٧١٩- ولو ماتت في الشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها، أو أكلت شيئًا مما يلقى في الماء ليأكل، فماتت وذلك معلوم، فلا بأس بأكله، وكذلك لو ربطها في الماء وماتت، وكذلك إن جمد الماء، وبقي في الجمد ومات.

١٠٧٢٠- ولو ماتت بحر الماء، أو ببرودته، ذكر القدوري رحمه الله تعالى: أن فيه روايتين، ذكر في بعض الروايات الخلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، وقال في موضع: على قول أبي يوسف: لا يؤكل، وعلى قول محمد: يؤكل، وقال في موضع: على قول أبي يوسف يؤكل، وعلى قول محمد لا يؤكل. وذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى: أنه ذكر في غير رواية الأصول، أن على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: لا يحل، وعلى قول محمد رحمه الله: يحل.

١٠٧٢١- وإذا انحسر الماء عنها تؤكل، وإذا انحسر الماء عن بعضها، إن كان رأسها في الماء لا تؤكل، وإن كان رأسها خارج الماء تؤكل؛ لأن ذلك موتها. وهكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرحه.

وفي المنتقى: إذا كان الرأس وحده خارج الماء يؤكل، وإذا كان الرأس في الماء لا يؤكل، إن كان ما على الأرض النصف، أو أقل لا يؤكل وإن كان ما على الأرض أكثر من النصف لا يؤكل.

١٠٧٢٢- وإذا اصطاد سمكة، فوجد في بطنها أخرى أكلهما؛ لأن الأولى ماتت بالأخذ، والثانية بضيق المكان، وهذه المسألة تدل على أنه إذا وجد في بطن السمكة الطافية

سمكة، أنها تؤكل وإن كانت الطافية لا تؤكل، وعن محمد رحمه الله تعالى في السمكة توجد في بطن الكلب أنه لا بأس بأكلها بريد إذا لم تتغير؛ لأنها ماتت بسبب.

١٠٧٢٣ وإذا ضربها ضارب وقطع بعضها لا بأس بأكل ما قطع منها، وإن كان ما قطع مبان من الحي، والمبان من الحي ميت، إلا أن الميت من السمكة حلال إذا مات بآفة، والمبان من السمك ميت بآفة. وكذلك لا بأس بالسمك يصيدها المجوسي؛ لأنه تحل من غير تسمية، فإن المسلم إذا أخذ السمك وترك التسمية عليه عمداً يحل بدون التسمية، وما يحل بدون التسمية المجوسي وغير المجوسي فيه سواء -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

الفصل الثامن
في الرجل يسمع حس الصيد ويرميه، ثم يتبين خلافه

١٠٧٢٤ - قال محمد رحمه الله تعالى في "الأصل": ومن سمع حساً ظن أنه حس صيد فأرسل كلبه عليه، أو رماه فأصاب صيداً، فإن كان ذلك الحس حس صيد، فلا بأس بتناول ما أصاب، يستوي فيه أن يكون الذي سمع حسه مأكول اللحم، أو غير مأكول اللحم، فإن كان ذلك الحس حس إنسان، أو حيوان من الأهليات لا يكون تناول ما أصابه حلالاً؛ لأنه رمى إلى الحس، والرمي إلى الآدمي والأهليات لا يكون اصطياداً، وحل الصيود يتوقف على الاصطياد، وإن لم يتبين ماكان ذلك الحس لا يحل تناول ما أصاب.

١٠٧٢٥ - وفي "النوادر": إذا رمى طائراً، فأصاب طيراً آخر، وذهب ذلك الطير، ولا يدري أنه كان أهلياً، أو وحشياً، فإنه يحل تناول الطير الذي أصابه.

١٠٧٢٦ - وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه إذا كان الحس حس خنزير لا يحل تناول ما أصاب بخلاف سائر السباع؛ لأن فعله [في الخنزير لا يؤثر شرعاً في لحمه، ولا في جلده، فلا يؤثر فيما أصابه أيضاً بخلاف سائر السباع؛ لأن فعله][١] في سائر السباع مؤثر في طهارة الجلد، فجاز أن يؤثر في إباحة لحم ما أصابه.

١٠٧٢٧ - وإن كان ذلك الحس حس سمكة، فظنه طير الماء أو كان ذلك الحس حس جراد، فظنه صيداً لم يؤكل؛ لأنه لا يقع عليهما الذكاة، فالرمي إليهما، وتركه على السواء، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه يؤكل؛ لأن الرمي إليه صيد.

١٠٧٢٨ - وفي "المنتقى": إذا سمع حساً بالليل وظن أنه إنسان، أو دابة، أو حية فرماه، فإذا ذلك الذي سمع حسه صيد، فأصاب سهمه ذلك الصيد الذي سمع حسه أو أصاب صيداً آخر، فقتله لا يؤكل؛ لأنه رماه وهو لا يريد الصيد. قال ثمة: ولا يحل الصيد إلا بوجهين: أن يرميه وهو يريد الصيد، وأن يكون ذلك الذي أراده، أو سمع حسه: ورمى إليه صيداً سواء كان ما يؤكل أو لا يؤكل.

١٠٧٢٩ - وذكر بعد هذه المسألة في "المنتقى" أيضاً: لو سمع حساً، فظنه أنه آدمي[٢]،

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ط وم وف.

(٢) وفي "ف" و"م": فظنه أنه شيء، فأصاب الحس... إلخ.

وأصاب غير نفسه، فإذا هو صيد آخر؛ لأن نيته في الرمي إليه يسقط حكم قصده، فصار كما لو قصد إلى محسوس.

قال: ولو نظر إلى بعير ند فرماه فأصاب الصيد يؤكل، وكذلك إذا سمع حسه ورماه وهو يظن أنه صيد فأصاب [صيداً. ولو نظر إلى ظبي مربوط أو ألف بيته فرماه وهو يظن أنه صيد فأصابه](١) ظبياً آخر لم يؤكل، ولو رماه فأصاب غيره وقد ذهب المرمي إليه، فلا يدري أكان ألف أو غير ألف، فلا يؤكل الصيد الذي أصابه؛ لأن الظبي صيد حتى يعلم أنه غير صيد.

١٠٧٣٠ – وأما إذا رماه وهو يظن أنه ناد فأصاب صيداً، ثم ذهب البعير ولا يدري أنه ناد أو غير ناد لم يؤكل؛ لأن البعير غير ناد في الأصل، فيجري على الأصل حتى يعلم خلافه – والله أعلم –.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و ب و ف.

أصاب المذبح يحل أكله، وإن أصاب موضعا آخر، لا يحل أكله، إلا أن يتوحش، فلا يؤخذ إلا بصيد، وإن أصاب الظلف، أو القرن فقتله حل، إذا رماه وخلصت الرمية إلى اللحم، وكذا تردى في البئر، إذا لم يقدر على إخراجه، ولا على مذبحه، فإن ذكاته ذكاة الصيد.

في المنتقى: بعير تردى في بئر، فوجأه رجل بعد أنه لا يموت منها، فمات لا يؤكل، وإن كان مشكلا أكل. وفيه أيضا: رجل صال عليه بعير فرماه ليقتله، فقتله، أكل لحمه إن كان لا يقدر على أخذه، وأراد بذلك ذكاته، وإن لم يرد به ذكاته، لا يؤكل، وجعل الصيال بمنزلة الند.

١٠٧٣٧- وفي النوازل: بقرة يتعسر عليها الولادة، فأدخل صاحبها يده، وذبح الولد، حل أكله، وإن جرحه في غير موضع الذبح، إن كان لا يقدر على مذبحه، يحل أيضا، وإن كان يقدر، لا يحل -والله أعلم-.

الفصل العاشر
فيما أبين من الصيد

١٠٧٣٨ - قال: إذا قطع من ألية الشاة قطعة، أو من فخذها، لا يحل، وأهل الجاهلية كانوا يفعلون ذلك، فرد عليهم رسول الله ﷺ، فقال: «ما أبين من الحي فهو ميتة»(١).

١٠٧٣٩ - ثم الأصل في جنس هذه المسائل أنه ينظر إن كان الصيد مما يعيش بدون المبان، فإن المبان منه يؤكل إذا مات من ضربه، أو رميه، والمبان لا يؤكل، وإن كان الصيد لا يعيش بدون المبان، يؤكل المبان منه، والمبان جميعًا، مثال الأول: إذا قطع فخذه، فأبانها، مثال الثاني: إذا قطع الرأس.

وهذا لأنا إنما عرفنا حرمة المبان بالحديث الذي روينا، والحديث يتناول المبان من الحي المطلق [والمطلق](٢) ينصرف إلى الكامل؛ فيتناول الحي صورة ومعنى، فإذا كان المبان الفخذان، أو ما أشبه ذلك مما يعيش الصيد بدونه، فهو مبان من الحي حقيقة ومعنى، وإذا كان المبان الرأس، وما أشبهه، فهذا مبان من الحي صورة، ومن الميت معنى؛ لأنه لا يبقى بعد مثل هذا القطع من الحياة فيه إلا قدر ما يبقى في المذبوح بعد الذبح، وذلك القدر من الحياة غير معتبر شرعًا، فكان مبانًا من الميت، فلا يدخل تحت الحديث.

١٠٧٤٠ - قال: ولو ضرب صيدًا، وسمى، فأبان طائفة من الرأس، إن كان المبان أقل من نصف الرأس، لا يؤكل المبان؛ لأنه يتوهم بقاء الصيد حيًا بعد قطع هذا المقدار [وإن كان المبان نصف الرأس، أو أكثر، يؤكل الكل؛ لأنه لا يتوهم بقاؤه حيًا بعد قطع هذا المقدار](٣)، وإن شاء قطع شيئًا منه من موضع يتوهم أن يعيش الصيد بدون ذلك المقطوع، إلا أنه لم يبنه، فهذا على وجهين: إن كانت الإبانة على وجه يحتمل الالتئام والاندمال، يؤكل كله، وإن كان على وجه لا يحتمل الالتئام والاندمال، بأن تعلق المبان بجلده، كان بمنزلة ما قد بان منه؛ لأن

(١) ذكره الزيلعي في "نصب الراية" (٤/ ٣١٧)، ثم قال: رواه أحمد وابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه والدارمي وأبو يعلى في مسانيدهم، والطبراني في "معجمه"، والدارقطني في "سننه"، والحاكم في "المستدرك"، وقال: حديث صحيح على شرط البخاري ولم يخرجه، وكلهم بلفظ: "ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة" أو قريبًا من هذا اللفظ.

(٢) هكذا في النسخ التي توجد عندنا جميعًا، وكان في الأصل: الذي مكان المطلق.

(٣) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط وم وف.

في الوجه الأول لم توجد الإبانة، لا حقيقة، ولا حكماً، والثابت هو المبين من الحي، وفي الوجه الثاني وجدت الإبانة معنى، وإن لم توجد صورة، والعبرة للمعنى؛ وعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل، في الواقعات

١٠٧٤١ - رجل ذبح الشاة، وقطع الحلقوم، والأوداج، إلا أن الحياة باقية فيها، فقطع إنسان بضعة منها، يحل أكل تلك البضعة منها؛ لأن هذا ليس بمبان من الحي؛ لأن ما بقي منها من الحياة غير معتبر أصلاً.

الفصل الحادي عشر
في بيع آلة الاصطياد

١٠٧٤٢ - قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرح كتاب الصيد : إن الصحيح من المذهب أن المعلم وغير المعلم إذا كان بحيث يقبل التعليم سواء في حكم البيع ، حتى قال في " النوازل " : لو باع الجرو ، جاز بيعه ؛ لأنه يقبل التعليم ، وإنما الذي لا يجوز بيعه العقور الذي لا يقبل التعليم .

وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى فصل الكلب الجاهل في موضعين ، ذكر في أحد الموضعين : أن الكلب مع جهالته لو كان عقوراً ، لا نص فيه ، وقد اختلف المشايخ فيه ، منهم من قال . لا قيمة له ، ومنهم من قال : له قيمة .

١٠٧٤٣ - وذكر في الموضع الآخر : أن بيع الجاهل العقور جائز في ظاهر الرواية ، وفي النوادر : أنه لا يجوز بيعه .

وأما كلب المزابل ، ذكرت في ظاهر الرواية أنه لا بأس بأكل ثمنه .

١٠٧٤٤ - وعن محمد رحمه الله تعالى في " النوادر " : أنه قال : لا يحل ثمن كلب المزابل ، قال شمس الأئمة السرخسي : وكذلك الأسد إذا كان يقبل التعليم ، ويصطاد به ، جاز بيعه ، وإن كان لا يقبل التعليم ، لا يجوز بيعه .

١٠٧٤٥ - قال : والفهد والبازي يقبلان التعليم على كل حال ، فجاز بيعهما لذلك ، فأما بيع السنور الذي ينتفع به ، فجائز بالاتفاق ، وعبارة شمس الأئمة الحلواني : أن السنور له ثمن عندنا إذا تمول ، وذكر في باب الصيد : أن من قتل كلباً معلماً ، أو بازاً معلماً لغيره ، فعليه قيمته ، وكذلك إذا قتل هرة غيره .

وكل ما ذكرنا أنه يجوز بيعه يجب الضمان بإتلافه ، وهبة المعلم من الكلاب ووصيته جائزة بالإجماع - والله سبحانه وتعالى أعلم - .

الفصل الثاني عشر
في المتفرقات

١٠٧٤٦ - البازي المعلم إذا أخذ صيداً ، أو قتله ، ولا يدري ما صاد البازي ، أرسله إنسان أو لا؟ لا يؤكل ، وكذلك الكلب على هذا.

١٠٧٤٧ - ويكره لحم الإبل الجلالة ، والعمل عليها وتلك حالها ، إلى أن تحبس أياماً ، وتعلف بعلف طيب ، والجلالة التي تعتاد أكل الجيف ، ولا تخلط ، ويكون منتناً . وإنما كره الاستعمال كيلا يتأذى الناس بروائحها ، فأما ما يخلط ، ويتناول الجيف ، وغير الجيف على وجه لا يظهر ذلك في لحمه ، فلا بأس بأكل لحمه ، والعمل عليها ، ألا ترى إلى ما ذكر محمد رحمه الله تعالى في النوادر : لو أن جدياً غذي بلبن خنزير ، فلا بأس بأكله ، لأن ذلك لا يؤثر في لحمه ، ولا يتغير به.

وعلى هذا لا بأس بأكل الدجاج ، وإن كان يقع على الجيف ؛ لأنها تخلط ، فلا يتغير لحمه ، ولا ينتن ، والحكم يدور على هذا المعنى ، وما ذكر في "الكتاب" : أن الدجاج يحبس ، فذلك في الذي لا يأكل إلا الجيف ، فأما الذي يأكل الجيف وغيره ، فالحبس فيه ليس بشرط.

ثم قال : يحبس أياماً ، وقد اختلفت الروايات فيه عن أصحابنا رحمهم الله تعالى ، منهم قال : ثلاثون يوماً ، ومنهم من قال : عشرون ، ومنهم من قال : عشرة ، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن الإبل تحبس أربعون ، والبقرة عشرون ، والشاة عشرة ، والدجاجة ثلاثة ، وهكذا روي عنهم في "النوادر".

وروي عن أصحابنا رحمهم الله تعالى في الإبل عشرون ، وفي البقرة عشرة ، وفي الشاة ثلاثة أيام ، وفي الدجاجة يوم . وقال بعضهم : في كل ذلك ثلاثة أيام ، والأصل أنها تحبس إلى أن تزول عنها الرائحة المنتنة ، وإليه أشار في "الأصل" حيث قال : حتى تزول عنها الرائحة الكريهة ، ثم ذكر في "الأصل" الأكل والعمل عليه ، ولم يذكر البيع ، وذكر في "النوادر" : يكره بيعها ، وهبتها ما دام تلك حالها.

١٠٧٤٨ - وعن محمد رحمه الله تعالى : في الجدي يغذى بلبن الحمار مرة أو مرتين ، أنه لا يكره ، فإذا أكثر كره ، حتى تمضي مدة يحدث فيه مثل هذا السمن ، وروي أنه لا يكره ؛ لأنه لا يتغير . ويجب أن تكون مسألة الجدي غذي بلبن الخنزير على الروايتين.

وذكر الحسن في الشاة تشرب خمراً ، وما فيه بول ، أنه يكره ذبحها ساعتئذ حتى تحبس

ثلاثة أيام، وذكر الطحاوي خلافه.

الجنين إذا خرج حيًا، ولم يكن من الوقت مقدار ما يقدر على ذبحه، فمات يؤكل، هكذا ذكر في "النوازل"؛ وهذا التفريع على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، لا على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وقد ذكرنا قبل هذا في الصيد إذا أصابه السهم، وأدركه صاحبه حيًا، ولم يتمكن من ذبحه لضيق الوقت، عن شمس الأئمة السرخسي أنه لا يحل عندنا، فعلى قياس تلك المسألة ينبغي أن لا يحل هذا أيضًا.

في "المنتقى": قال محمد رحمه الله تعالى: في الجنين إذا لم يتم خلقه لا يؤكل، وإن تم أكل، شعر، أو لم يشعر.

١٠٧٤٩- في "النوازل" أيضًا: رجل له شاة حامل، فأراد ذبحها، فإن تقاربت الولادة، يكره ذبحها؛ لأنه يضيع ما في بطنها من غير زيادة فائدة؛ لأنه تقاربت الولادة، وهذا التفريع إنما يتأتى على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه.

١٠٧٥٠- في "العيون": رجل اشترى سمكة في خيط مشدود في ماء، فقبضها المشتري، ثم ناول الخيط البائع، وقال: احفظها لي، فجاءت سمكة أخرى، فابتلعتها، فههنا مسألتان:

إحداهما: إذا ابتلعت الجائية المشدودة، والجواب فيها أن الجائية للبائع؛ لأنه هو الذي صادها، ويخرج السمكة المشدودة [المشتراة][1] من بطنها، ويسلم إلى المشتري من غير خيار وإن نقصها الابتلاع؛ لأن هذا نقصان حصل بعد القبض، حتى لو لم يقبض المشتري، والباقي بحاله، يخير المشتري إن نقصها الابتلاع.

المسألة الثانية: إذا ابتلعت المشدودة الجائية، وفي هذه المسألة هما جميعًا للمشتري؛ لما قلنا.

١٠٧٥١- وفيه أيضًا: رجل أرسل كلبه على صيد، فأخطأه، ثم عرض له صيد آخر، فقتله، يؤكل، وإن فاته الصيد، فرجع، فعرض له صيد آخر، فقتله، لا يؤكل؛ لأن الرجوع نقض الإرسال، والإرسال شرط حل الأكل.

١٠٧٥٢- في "مجموع النوازل": وجد حيوان رأسه ووجهه يشبه السبع، وشعره

---

(١) هكذا في ف، وكان في الأصل و "ظ": الشربة.

وحيوان يشبه الخفاش هل يؤكل؟ قال: يلقى بين يديه لحم وكلأ، فإن تناول اللحم، لا يؤكل، وإن تناول الكلأ يؤكل.

١٠٧٥٣- ويكره الاصطياد للتلهي، وأن يأخذه حرفة، وأخذ الطير بالليل لا بأس به، والنهي محمول على الأدب، ونحن نقول: الأولى أن لا يفعل والله أعلم.

تم كتاب الصيد من "المحيط" بحمد الله تعالى

كتاب الذبائح

هذا الكتاب يشتمل على أربعة فصول :

الفصل الأول : في بيان أهلية الذابح (١) .

الفصل الثاني : في صفة الزكاة .

الفصل الثالث : فيما يذكى به .

الفصل الرابع : فيما يتعلق بالتسمية على الذبائح .

---

(١) هكذا [illegible] في الأصل [illegible] الذابح [illegible]

الفصل الأول
في بيان أهلية الذابح

١٠٧٥٤ - فنقول: أهلية الذبح من له ملة التوحيد دعوى واعتقاداً، كالمسلم، أو دعوى لا اعتقاداً كالكتابي، ويستوي أن يكون الكتابي حربياً، أو ذمياً؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾(١) وذبيحة الأخرس حلال؛ لأنه عاجز عن التسمية بحكم الخرس، فيعذر بالعجز بحكم النسيان، وذبيحة الصبي الذي يعقل ويضبط حلال.

قوله: يضبط، معناه أنه يضبط شرائط الذبح من فري الأوداج، وقوله: يعقل، تكلموا في معناه، قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى: معناه يعقل التسمية. وقال بعضهم: معناه: أنه يعلم أن حل الذبيحة بالتسمية، وقال بعضهم: معناه أن يعلم أن الحل بقطع الحلقوم والأوداج - والله سبحانه وتعالى أعلم

(١) سورة المائدة، الآية ٥

الفصل الثاني
في صفة الذكاة

١٠٧٥٥ - اعلم بأن الذكاة نوعان: اختياري حالة القدرة، وذلك في اللبة، وما فوق ذلك إلى اللحيين، هذا هو لفظ "القدوري"، وفي "الجامع الصغير": لا بأس بالذبح في الحلق كله أسفله وأوسطه، وأعلاه.

١٠٧٥٦ - وفي "فتاوى أهل سمرقند": قصاب ذبح الشاة في ليلة مظلمة، فقطع أعلى الحلقوم، أو أسفل منه، يحرم أكلها؛ لأنه ذبح في غير المذبح؛ لأن المذبح هو الحلقوم، فإن قطع البعض، ثم علم، فقطع مرة أخرى الحلقوم قبل أن يموت بالأول، فهذا على وجهين: إما إن قطع الأول بتمامه، أو قطع شيئاً منه، ففي الوجه الأول لا يحل. وفي الوجه الثاني يحل.

١٠٧٥٧ - وذكاة اضطراري حال عدم القدرة، وهي الجرح في أي مكان كان، ثم في حالة القدرة إذا قطع الحلقوم والمريء، والودجين، فقد أتم الذكاة، وإن قطع الأكثر من ذلك، حل أكله، واختلفت الروايات في تفسير ذلك، روى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وهو قول أبي يوسف الأول: أنه إذا قطع الثلاث من الأربعة، أي ثلث ما قطع، فقد قطع الأكثر، ثم رجع أبو يوسف عن هذا وقال: يشترط قطع الحلقوم، والمريء، وأحد الودجين.

وعن محمد رحمه الله تعالى: أنه يعتبر قطع الأكثر عن كل واحد من هذه الأشياء الأربعة. وعنه أيضاً: إذا قطع الحلقوم، والمريء، والأكثر من كل الودجين، يحل، وما لا فلا، قال مشايخنا: وهو أصح الجوابات.

١٠٧٥٨ - وإذا ذبح الشاة من قبل القفا، فإن قطع الأكثر من هذه الأشياء قبل أن يموت، حلت، وإن ماتت قبل قطع الأكثر من هذه الأشياء، لا يحل، ويكره هذا الفعل؛ لأنه خلاف السنة، وفيه زيادة إيلام. وإن نحر الشاة، أو ذبح الإبل جاز؛ لحصول ما هو المقصود، وهو تسييل الدم المسفوح، والسنة خلافه.

١٠٧٥٩ - وإذا ضرب شاة بالسيف، وأبان رأسها، حلت، وذلك الفعل مكروه، وإذا ذبحها متوجهة لغير القبلة، حلت، لكنه يكره.

الفصل الثالث
فيما يذكى به

١٠٧٦٠ - وما ذبح بسن، أو ظفر غير منزوع، فهو ميتة، ولا بأس بأكله إذا كان منزوعاً، ولكن يكره الذبح [به]. وما أفرى الأوداج، وأنهر الدم، فلا بأس بالذبح به، حديدة كان أو قصباً، للحديث المعروف(١) والله أعلم.

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية، وقال: هو ملفق من حديثين، فروى الأئمة الستة من حديث رافع بن خديج، والحديث آخر أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٨٦٢٠) أيضاً، انظر نصب الراية (٤/ ١٨٦).

الفصل الرابع
فيما يتعلق بالتسمية على الذبائح

١٠٧٦١ - إذا سمى على الذبيحة بالفارسية، يجوز، وإذا قال مكان التسمية: الله أكبر، أو قال: سبحان الله، أو[١] قال: الحمد لله، فإن أراد به التسمية، يحل، وإن أراد به التسبيح أو التحميد أو التكبير، لا يحل.

وإن قال: اللهم اغفر لي، اللهم تقبل مني، لا يحل.

١٠٧٦٢ - قال البقالي: والمستحب أن يقول: بسم الله والله أكبر، وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى في شرح كتاب الصيد: يستحب أن يقول: بسم الله الله أكبر، بدون الواو، وقال: ومع الواو يكره؛ لأنه ينقطع فور التسمية.

١٠٧٦٣ - وإذا ذبح شاة وسمى، فهذا على ثلاثة أوجه: إما إن لم يكن له نية، أو أراد التسمية على الذبح، وفي هذين الوجهين يحل الذبح، وإن أراد غير التسمية على الذبح، لا يحل؛ لأنه لم يأت بالمأمور به، والمأمور به التسمية على الذبح.

١٠٧٦٤ - وإذا ذكر التسمية بدون ذكر الهاء، إن أراد به التسمية، يحل الذبح، ويكون ترك الهاء على سبيل الترخيم، وإنه مسموع من كلام العرب، وإن لم يرد به التسمية، لا يحل، هاتين المسألتين في النوازل.

١٠٧٦٥ - ولو قال: بسم الله، وباسم فلان، فقد اختلف المتأخرون رحمهم الله تعالى فيه، قال إبراهيم بن يوسف: يصير ميتة، وبه أخذ الصدر الشهيد في واقعاته، وقال محمد بن سلمة: لا يصير ميتة، فأما إذا ذكر بدون الواو، يريد أن يضحي من فلان، لا يصير ميتة، وهذا الفصل منقول عن الفقيه أبي بكر رحمه الله تعالى، إلا أن المنقول عنه بالفارسية: بسم الله بنام فلان.

١٠٧٦٦ - وعلى هذا إذا قال: بسم الله وباسم محمد رسول الله، ولو قال: بسم الله ومحمد رسول الله، أو قال: بسم الله محمد رسول الله، إن قال بالرفع، يحل، وإن قال بالخفض، لا يحل، هكذا ذكر في النوازل، وقال بعضهم: هذا إذا كان يعرف النحو، ويلحق بهم في كلامه، وقال بعضهم: على قياس ما روي عن محمد رحمه الله تعالى: أنه لا

---

(١) هكذا في المخطوطة م

يرى الخطأ في النحو معتبراً في باب الصلاة، ونحوها لا يحرم الذبيح.

ولو قال: بسم الله وصلى الله على محمد، أو قال: صلى الله على محمد بدون الواو، حل الذبيح، ولكن يكره ذلك.

١٠٧٦٧- وفي "البقالي": حل الذبيح إن وافق التسمية الذبح. وقيل: إن أراد بذكر محمد الاشتراك في التسمية، لا يحل، وإن أراد به التبرك بذكر محمد، يحل، ويكره ذلك.

١٠٧٦٨- ويكره أن يدعو بعد التسمية قبل الذبح بالتقبل وغيره، نحو قوله: بسم الله اللهم تقبل مني، أو يقول: من فلان، أو يقول: اللهم اغفر لي؛ لأن الواجب تجريد التسمية، ولم يجرد التسمية.

وأما إذا دعا قبل التسمية، أو دعا بعد الذبح، فلا بأس به، وبه ورد الأثر عن رسول الله ﷺ.

١٠٧٦٩- وإذا أراد أن يذبح عدداً من الذبائح، لم تجزئه التسمية الأولى عما بعدها.

١٠٧٧٠- ولو أرسل كلبه المعلم على صيد وسمى، أو رمى سهماً، وسهماً، فأصاب صيوداً في فور الإرسال، فإنه يحل الكل، والفرق ما ذكرناه في كتاب الصيد.

١٠٧٧١- وإذا أضجع شاة ليذبحها، وأخذ السكين وسمى، ثم ألقى تلك السكين وأخذ أخرى، وذبح بها حل، ولو أخذ سهماً وسمى، ثم وضع ذلك السهم، ورمى بغيرها، لم يحل بتلك التسمية. والفرق بينهما أن التسمية في ذكاة الاختيار مشروعة على الذبيح، لا على الآلة، والذبيح لم يتبدل بما صنع، إنما تبدلت الآلة.

١٠٧٧٢- وأما في ذكاة الاضطرار: فالتسمية شرعت على الآلة، فإن النبي عليه الصلاة والسلام قال لعدي بن حاتم: «إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى عليه فكل وإن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل لأنك سميت على كلبك»[1].

فقد شرط التسمية على الآلة، وهو الكلب، وإذا ثبت في الكلب ثبت في السهم؛ لأن السهم نظير الكلب من حيث إنه آلة يعمل منفصلا عن صاحبه.

وإذا كانت التسمية مشروعة في ذكاة الاضطرار على الآلة [وتبدلت] وصار تبدل الآلة

---

(١) أخرجه البخاري (٥٤٥٨) في كتاب الصيد: باب التسمية على الصيد، ومسلم في "صحيحه" (١٩٢٩) في باب الصيد بالكلاب المعلمة، وابن حبان في "صحيحه" (٥٨٨٦)، وأبو عوانة في "مسنده" (٧٥٥٨)، وأبو داود في "سننه" (٢٨٤٨) في كتاب الصيد: باب في الصيد، والترمذي (١٤٧٠) كذلك في كتاب الصيد: باب ما جاء في الكلب يأكل من الصيد، والنسائي في "سننه" (٤٢٦٣) في كتاب الصيد والذبائح: باب الأمر بالتسمية عند الصيد، وأحمد في "مسنده" (١٧٧٧٩).

كتاب الأضحية

هذا الكتاب يشتمل على تسعة فصول :

الفصل الأول : في بيان وجوب الأضحية ومن تجب عليه ومن لا تجب .

الفصل الثاني : في وجوب الأضحية بالنذر ، وما هو في معناه .

الفصل الثالث : في وقت الأضحية .

الفصل الرابع : فيما يتعلق بالمكان ، والزمان .

الفصل الخامس : في بيان ما يجوز في الضحايا ، وما لا يجوز ؛ وفي بيان المستحب ، والأفضل منها .

الفصل السادس : في الانتفاع بالأضحية .

الفصل السابع : في التضحية عن الغير ، وفي التضحية بشاة الغير عن نفسه .

الفصل الثامن : فيما يتعلق بالشركة في الضحايا .

الفصل التاسع : في المتفرقات .

الفصل الأول
في بيان وجوب الأضحية
ومن تجب عليه، ومن لا تجب عليه

١٠٧٧٦ - قال القدوري في شرحه: الأضحية واجبة عند أصحابنا رحمهم الله تعالى، إلا في إحدى الروايتين عن أبي يوسف، فإنها سنة.

وشرط وجوبها اليسار عند أصحابنا، والموسر في ظاهر الرواية من له مائتا درهم، أو عشرون دينارًا، أو شيء يبلغ ذلك [سوى مسكنه، ومتاعه، ومركوبه، وخادمه، في حاجته التي لا يستغني عنها، فأما ما عدا ذلك][1] من سائمة، أو رقيق، أو خيل، أو متاع للتجارة، أو لغيرها، فإنه يعتد به في يساره.

١٠٧٧٧ - وفي "الأجناس": إن جاء يوم الأضحى، وله مائتا درهم، أو أكثر، ولا مال له غيره، فهلك ذلك لا يجب عليه الأضحية، وكذلك لو نقص عن المائتين.

١٠٧٧٨ - ولو جاء يوم الأضحى ولا مال له، ثم استفاد مائتي درهم، فعليه الأضحية، وإن كان له عقار ومستغلات ملك فيه.

اختلف المتأخرون من مشايخنا رحمهم الله تعالى في اعتبار الدخل، أو قيمة العقار مائتي درهم، فالزعفراني والفقيه علي الرازي اعتبر قيمتها، وأبو علي الدقاق وغيره اعتبروا الدخل، واختلفوا فيما بينهم، قال أبو علي الدقاق: إن كان يحصل من ذلك قوت سنة، فعليه الأضحية، ومنهم من قال: قوت شهر، فمتى يحصل من ذلك قدر مائتي درهم فصاعدًا، فعليه الأضحية، ومنهم من قال: إن كان غلتها تكفيه، وتكفي عياله، فهو موسر، وإن كان لا تكفيه ولا تكفي عياله، فهو معسر، وإن كان العقار وقفًا عليه، ينظر إن كان قد يجب له في أيام النحر أكثر من مائتي درهم، فعليه الأضحية، وإلا فلا أضحية عليه.

١٠٧٧٩ - وروى ابن سماعة عن محمد عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى، أنه لا تجب الأضحية إلا على من له مائتا درهم فصاعدًا، فعلى هذه الرواية سوّى بين غنى النصاب، وغنى الأضحية، وعلى ظاهر الرواية فرّق.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

والمرأة تعتبر موسرة بالمهر إذا كان الزوج مليًّا عندهما. وعلى قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه الآخر: لا تعتبر موسرة بذلك.

قيل: هذا الاختلاف بينهم في المعجل الذي يقال له بالفارسية "ديبهان"[1]، فأما المؤجل الذي يسمى "كابين"، فالمرأة لا تعتبر موسرة بذلك بالإجماع.

١٠٧٨٠- وفي "الأجناس": وإن كان حبرًا عنده حنطة، قيمتها مائتا درهم، يتجر به، أو دابة قيمتها مائتا درهم، أو شيء مما يصار عنده من سوقه أو أشياء، قيمتها مائتا درهم، فعليه الأضحية، وإن كان له مصحف قيمته مائتا درهم، وهو ممن يحسن أن يقرأ فيه، فلا أضحية عليه، سواء كان يقرأ فيه أو تهاون [ولا يقرأ] ولا يستعمله، وإن كان لا يحسن أن يقرأ فيه، فعليه الأضحية.

١٠٧٨١- وإن كان له ولد صغير حبس المصحف، ليسلمه إلى الأستاذ فيتعلم، فعليه الأضحية، وكتب العلم والحديث مثل مصحف القرآن في هذا الحكم.

١٠٧٨٢- وإن كان الرجل غنيًّا، وله أولاد صغار، وليس للأولاد مال، فليس عليه أن يضحي عن أولاده في ظاهر الرواية، وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: أن عليه ذلك، وقد قيل أيضًا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى: يلزمه ذلك، وعند محمد وزفر: ليس عليه ذلك.

وإن كان للأولاد مال، ذكر شمس الأئمة السرخسي: قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى: على الأب والوصي أن يضحي عنه من ماله عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، والأصح أنه ليس عليه ذلك؛ لأن القربة إنما تتأدى بإراقة الدم، والتصدق بعده تطوع، وذلك لا يجوز من مال الصغير، وربما لا يمكنه أن يأكل الصبي، والبيع يتعذر، فلهذا لم يجب، وذكر شمس الأئمة الحلواني: أن عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى: يجب في ماله، وإن ضحى عن نفسه الأب لم يضمن، وعند محمد رحمه الله تعالى: لا يجب في ماله، وإن ضحى الأب ضمن.

قال القدوري في شرحه: والصحيح أن يقال بأنه يضحي عنه من ماله، ويأكل الصبي منه ما يمكنه، ويباع بالباقي ما ينتفع بعينه، على ما يأتي بيانه -إن شاء الله تعالى-.

١٠٧٨٣- وذكر الصدر الشهيد في "شرح الأضاحي للزعفراني": أنه إذا كان للأولاد مال ففي ظاهر الرواية أنه لا يجب على الأب والوصي أن يضحي من ماله، فإن فعل الأب أو

(١) صاحب رجبان بمعنى اختلاف الصالحين

الوصي ذلك ضمن. وروى الحسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى أن على الأب أو الوصي أن يضحي من ذلك، وعند محمد وزفر ليس له ذلك، فإن فعل الأب أو الوصي ذلك، فعلى قول محمد وزفر رحمهما الله تعالى على ما رواه الحسن يجب الضمان وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف: فالأب لا يضمن بالاتفاق على كل حال.

١٠٧٨٤- وفي الوصي اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، بعضهم قالوا: إن كان الصبي يأكل، فلا ضمان على الوصي، وإن كان لا يأكل: فعليه الضمان، فرق هذا القائل بين الأب والوصي من حيث إن تصرف الوصي إنما ينفذ على الصبي إذا كان للصغير فيه نفع ظاهر، وإنما يكون نفعًا ظاهرًا إذا كان الصبي يأكل، أما تصرف الأب فإنما لا ينفذ إذا كان ضارًا، ولا ضرر ههنا

ومنهم من قال: لا ضمان على الوصي على كل حال، كما لا ضمان على الأب، قال رحمه الله تعالى: وعليه الفتوى

١٠٧٨٥- ومن كان موسرًا في ابتداء أيام النحر، فلم يضح، حتى افتقر قبل مضي أيام النحر، سقط عنه الأضحية، وكذلك إذا أنفق، حتى انتقص النصاب.

وإن افتقر بعد مضي أيام النحر، لم يسقط عنه التصدق بقيمة الشاة [وكذلك إذا كان موسرًا في أيام النحر، فلم يضح، حتى مات قبل مضي أيام النحر، سقطت عنه الأضحية، حتى لا يجب عليه الإيصاء.

١٠٧٨٦- ولو مات بعد مضي أيام النحر، لم يسقط عنه التصدق بقيمة الشاة][1] حتى لزمه الإيصاء به. بالنظر إلى أن الوجوب يتعلق بآخر الوقت، كما في الصلاة.

وعن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: في الموسر إذا ولد له ولد في أيام النحر، يضحي عنه ما لم تمض أيام النحر، بناء على ما قلنا: إن الوجوب بآخر الوقت.

وعلى أهل السواد الأضحية، بخلاف الجمعة، وصلاة العيد؛ لأن المصر هناك شرط، ولا كذلك في الأضحية.

١٠٧٨٧- ولا أضحية على المسافر، وإن كان له أولاد، وبعضهم معه، وبعضهم في المصر، فليس عليه أن يضحي على أولاده الذين معه، عليه أن يضحي على المقيمين في المصر وهذا على الرواية التي توجب الأضحية على الأب عن الولد الصغير، والمعتبر حال من يضحى عنه، لا حال المضحي في "القدوري"، وفي "المنتقى": إذا اشترى شاة يضحي بها، فسافر في

(١) أثبتت هذه العبارة من جميع النسخ التي عندنا

أيام الأضحية قبل أن يضحي بها، فله أن يبيعها، علل، فقال: لأنه صار في حال سقط عنه الأضحية. أشار إلى أن الوجوب بآخر الوقت. وهو في آخر الوقت مسافر، ولا أضحية على المسافرين - والله أعلم -.

الفصل الثاني
في وجوب الأضحية بالنذر، وما هو في معناه

١٠٧٨٨ - جمع أصحابنا رحمهم الله تعالى أن الشاة تصير واجبة الأضحية بالنذر، بأن قال: لله تعالى علي أن أضحي هذه الشاة، وأجمعوا على أنها لا تصير واجبة الأضحية بمجرد النية، بأن نوى أن يضحي هذه الشاة، ولم يذكر بلسانه شيئًا.

وهل تصير واجبة الأضحية بالشراء بنية الأضحية؟ قال: إن كان المشتري غنيًا، لاتصير واجبة الأضحية باتفاق الروايات كلها، حتى لو باعها، واشترى أخرى والثانية شر من الأولى جاز، ولا يجب عليه شيء.

وإن كان المشتري فقيرًا، ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله تعالى في "شرح كتاب الأضحية": أن في ظاهر الرواية أصحابنا تصير واجبة الأضحية، وروى الزعفراني عن أصحابنا أنها لا تصير واجبة، وإلى هذا أشار شمس الأئمة السرخسي: في "شرحه" وذكر شمس الأئمة الحلواني [أن] في ظاهر رواية أصحابنا لا تصير واجبة الأضحية، وذكر الطحاوي في "مختصره": أنها تصير واجبة.

وأما إذا صرح بلسانه وقت الشراء، أنه اشتراها ليضحي بها، فقد ذكر شمس الأئمة الحلواني: أنها تصير واجبة.

١٠٧٨٩ - ذكر الزعفراني في "أضاحيه": رجل اشترى أضحية، وأوجبها للأضحية، فضلت منه، ثم اشترى مثلها، وأوجبها أضحية أخرى، ثم وجد الأولى، قال: إن كان أوجب الأخرى إيجابًا مستأنفًا، فعليه أن يضحي بها، وإن كان أوجبها بدلا عن الأولى، فله أن يذبح أيهما شاء، ولم يفصل بين الغني والفقير.

١٠٧٩٠ - وفي "فتاوى أهل سمرقند": الفقير إذا اشترى أضحية، فسرقت، فاشترى أخرى مكانها، ثم وجد الأولى، فعليه أن يضحي بهما، فرق بينه وبين ما إذا كان غنيًا، والفرق أن الوجوب على الفقير بالشراء، والشراء قد تعدد، فتعدد الوجوب على الغني بإيجاب الشرع، والشرع لم يوجب الأضحية إلا واحدة.

١٠٧٩١ - وفيه أيضًا: الفقير إذا اشترى أضحية فضلت، فليس عليه أن يشتري مكانها أخرى، ولو كان غنيًا، فعليه ذلك؛ لأن الوجوب على الفقير بالشراء، والشراء يتناول هذا

اليوم الأول، فات الوقت المسنون، وإنما يصلي الإمام في اليوم الثاني والثالث على وجه القضاء، فلا يظهر ذلك في حق التضحية.

١٠٨٠١ - في "الأجناس": لو ترك أهل المصر صلاة العيد لفتنة، أو لعدم الأمير من قبل السلطان، لا يجوز الأضحية إلا بعد الزوال، وفي اليوم الثاني والثالث يجوز قبل الزوال.

وفي "الحاوي" قيل: لا يجوز في اليوم الثاني والثالث [أيضاً] إلا بعد الزوال، قال صاحب "الحاوي": قال القاضي الإمام علي السغدي رحمه الله تعالى: القول الأول أشبه جمع بين ما إذا كان ترك الصلاة لفتنة وقعت في المصر، وبين ما إذا لم يكن ثمه أمير من قبل السلطان، وأجاب بجواب واحد فيهما أنه لا يجوز الأضحية في هذا اليوم إلا بعد الزوال.

١٠٨٠٢ - وفي "الواقعات": لو أن بلدة وقعت فيها فترة، ولم يبق فيها من يصلي بهم صلاة العيد، فضحوا بعد طلوع الفجر جاز؛ لأن البلدة في هذا الحكم صارت كالسواد، في الأضاحي للزعفراني: وإذا وقعت فتنة في المصر، ولم يكن بها إمام من قبل السلطان يصلي بهم صلاة العيد، القياس أن يكون وقت الأضحية لهم بعد طلوع الفجر، وفي الاستحسان بعد زوال الشمس.

١٠٨٠٣ - وفيه أيضاً: لو ذبح أضحية بعد زوال الشمس من يوم عرفة فيما يرى أنه يوم عرفة، ثم تبين أنه يوم النحر، جازت الأضحية؛ لأنه تبين أنه ضحى في وقته، ولو ذبح قبل الصلاة، وهو يرى أنه يوم النحر، ثم تبين أنه اليوم الثاني، أجزأه من الأضحية أيضاً؛ لما ذكرنا.

١٠٨٠٤ - إذا استخلف الإمام أن يصلي بالضعفة في [المسجد] الجامع، وخرج بنفسه إلى الجبانة [مع الأقوياء، فضحى رجل بعد ما انصرف أهل المسجد قبل أن يصلي أهل الجبانة][1] القياس أن لا يجوز، وفي الاستحسان: يجوز، ذكر القياس والاستحسان في الأصل، وإن ضحى بعد ما فرغ أهل الجبانة، قيل: في هذه الصورة يجوز قياساً، واستحساناً، وقيل: القياس والاستحسان فيهما واحد.

قال شمس الأئمة الحلواني: هذا إذا ضحى رجل من الفريق الذي [صلى، أما إذا ضحى رجل من الفريق الذي][2] لم يصل، فلم تجز أضحيته قياساً، واستحساناً.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

١٠٨٠٥ - في "الأضاحي للزعفراني": إذا ضحى رجل من الناحية التي صلى فيها، أو من الناحية الأخرى جاز، وذكر "القدوري": لو استخلف الإمام من يصلي بضعفة الناس في المصر، فضحى أحد المسجدين أيهما كان، جازت الأضحية، ولم يذكر القياس والاستحسان.

١٠٨٠٦ - ولا تجوز التضحية في الليلة الأولى من أيام النحر، وتجوز في الليلة الثانية والثالثة، فلم تجعل الليلة الأولى ههنا تبعًا للنهار الآتي، إنما فعل كذلك رفقًا بالناس حتى لا يفوتهم الحج لو وقفوا في الليلة الأولى من يوم النحر.

١٠٨٠٧ - في "واقعات الناطفي": إذا وقع الشك في يوم الأضحى، فأحب إليّ أن لا يؤخر الذبح إلى اليوم الثالث؛ لأنه يحتمل أنه يقع في غير وقته، فإنه أخر فأحب إليّ أن يتصدق بذلك كله، ولا يأكل، ويتصدق بما هو المذبوح وغير المذبوح؛ لأنه لو وقع في غير وقته، لا يخرج عن العهدة إلا بذلك. ولو اشترى أضحية في اليوم الثالث، والمسألة بحالها، ليس عليه شيء؛ لأنه وقع الاحتمال في الوجوب.

١٠٨٠٨ - في "النوازل": الإمام إذا صلى العيد يوم عرفة، وضحى الناس، فهذا على وجهين: إما أن يشهد عنده شهود على هلال ذي الحجة، أو لم يشهدوا، ففي الوجه الأول جازت الصلاة والتضحية؛ لأن التحرز عن هذا الخطأ غير ممكن، والتدارك غير ممكن غالبًا. فيحكم بالجواز، صيانة لجميع المسلمين، ومتى جازت الصلاة، جازت التضحية ضرورة. [وفي الوجه الثاني لا يجوز؛ لأنه لا ضرورة إلى التجويز، ومتى لم تجز الصلاة، لا تجوز الأضحية](١)، فمتى لم يجز، لو ضحى الناس في اليوم الثاني، وهو أول يوم النحر، فهذا على وجهين: إما إن صلى الإمام في اليوم الثاني، أو لم يصل، ففي الوجه الأول لم يجز؛ لأنه ضحى قبل الصلاة في يوم هو في وقت الصلاة، وفي الوجه الثاني المسألة على قسمين: إما أن يضحي قبل الزوال، أو بعد الزوال، فإن ضحى قبل الزوال، فإن كان يرجو أن الإمام يصلي، لا يجزئه، وإن كان لا يرجو، يجزئه، وفي الوجه الثاني يجزئه.

هذا كله إذا تبين أنه يوم عرفة، أما إذا لم يتبين، لكن شكوا فيه في الوجه الأول، وهو ما إذا شهدوا به عنده لهم أن يضحوا من الغد من أول الغد؛ لأنه لو تبين كان لهم ذلك، فهذا أحق، وفي الوجه الثاني، وهو ما إذا لم يشهدوا عنده الاحتياط أن يضحوا من الغد بعد الزوال؛ لأن رجاء الصلاة إنما ينقطع من الغد بعد الزوال.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

الفصل الرابع
فيما يتعلق بالمكان والزمان

١٠٨٠٩ - قال القدوري: لو أن رجلاً من أهل السواد دخل المصر لصلاة الأضحى، وأمر أهله أن يضحوا عنه، جاز أن يذبحوا عنه بعد طلوع الفجر. قال محمد رحمه الله تعالى: أنظر في هذا إلى موضع الذبح دون المذبوح عنه. ولو كان الرجل بالسواد، وأهله بالمصر، لم يجز ذبح الأضحية عنه إلا بعد صلاة الإمام، وهكذا روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى، وروي عنهما أيضاً: أن الرجل إذا كان في مصر، وأهله في مصر آخر، فكتب إليهم أن يضحوا عنه، فإنه يعتبر مكان الذبيحة ينبغي أن يضحوا بعد صلاة الإمام في المصر الذي تذبح فيه، وروي عن الحسن أنه قال: لا تجوز التضحية حتى يصلي في المصرين جميعاً احتياطاً.

١٠٨١٠ - وإذا أراد المصري بأن يتعجل اللحم في يوم الأضحية، ينبغي أن يأمر بإخراج الأضحية إلى بعض هذه الصور، فيضحي هناك قبل الصلاة، فيجوز اعتباراً لمكان الأضحية.

١٠٨١١ - ذكر الفضلي في فتاواه: وإذا مضى أيام النحر، فقد فات الذبح؛ لأن الإراقة إنما عرفت في زمان مخصوص، ولكن يلزم التصدق بقيمة الأضحية إذا كان ممن يجب عليه الأضحية، فإن كان أوجب شاة بعينها، أو اشترى ليضحي بها، فلم يفعل حتى مضت أيام النحر تصدق بها حية؛ لأنه تعذر إقامة القربة من حيث الذبح لفوات الوقت، والتصدق في باب الأضحية، وإن لم يكن وقتاً، ولكن له مدخل فيه، وأنه قربة معقولة، فيجعل أصلاً عند تعذر إقامة القربة بالذبح، فوجب التصدق. ولا يجوز الأكل منه؛ لأن فعل التصدق انقلب أصلاً في هذا الباب، والصدقات للفقراء دون الأغنياء، فإن باعها، تصدق بثمنها؛ لأن الثمن بدل عنها، فيلزمه التصدق به حتى وقوع العجز عن التصدق بعينها سليم.

١٠٨١٢ - وفي الأضاحي للزعفراني: اشترى أضحية، فأوجبها، ثم باعها، ولم يضح بدلها حتى مضى أيام النحر، تصدق بقيمة التي باع، فإن لم يبعها حتى مضت أيام النحر، تصدق بها حية، فإن ذبحها وتصدق بلحمها، جاز، فإن كان قيمتها حية أكثر، تصدق [(1)] بالفضل، ولو أكل منها شيئاً، غرم قيمته؛ لأنه فوت البدل، فيجب عليه البدل، فإن لم يفعل ذلك حتى جاء أيام نحر أخرى، فضحى بها في العام الأول، لم يجزه؛ لأن إراقة الدم

(1) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ط ر ب م.

عرفت قربة بالنص . والنص شرعها قربة أداء بالإمضاء، وإن كان بيعها بعد ما مضت أيام النحر تصدق بثمنها، فإن بيعها مما يتغابن الناس فيه أجزأه، وما لا يتغابن الناس فيه، تصدق بالفضل . والله أعلم .

الفصل الخامس
في بيان ما يجوز من الضحايا، وما لا يجوز
وفي بيان المستحب منها، والأفضل فيها

١٠٨١٣ - ويجزي في الأضحية الثني، فصاعداً من كل شيء، ولا يجزي ما دون ذلك من كل شيء، إلا الجذع من الضأن إذا كان عظيماً، ومعناه أنه إذا اختلط مع الثنيان يظن الناظر إليه أنه ثني. ثم الجذع الذي أتى عليه أكثر السنة، وهي سبعة أشهر، وطعن في الثامنة، وهو قول أهل الفقه، والثني من الغنم الذي تم عليه سنة، وطعن في الثانية، ومن البقر الذي تم له سنتان، وطعن في الثالثة، ومن الإبل الذي تم له خمس سنين، وطعن في السادسة. هذا كله قول أهل الفقه.

١٠٨١٤ - ولا بأس بالخصي والجماء، وهي الشاة التي لا قرن لها، أو مكسورة القرن، والجرباء إذا كانت سمينة، والثولاء وهي المجنونة إذا كانت سمينة، والعرجاء إذا كانت تمشي، فلا بأس بها، وإذا كانت لا تقوم ولا تمشي لا يجوز، وهو المراد من العرجاء البين عرجها المذكور في الحديث. قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: إذا كانت تمشي بثلاث قوائم وتجافي الرابع عن الأرض، لا يجوز، وإذا كانت تضع الرابع على الأرض تستعين به، إلا أنه يتمايل مع ذلك، وتضعه وضعاً خفيفاً يجوز، وأما إذا كانت تدفع دفعاً، أو تحمل إلى المنسك، لا يجوز.

١٠٨١٥ - ولا تجزي العمياء، ولا العوراء، وهي ذاهبة إحدى العينين بكمالها، ولا التي ليس لها أذنان، أو إحدى الأذنين، ولا مقطوعة الألية، فإن كانت صغيرة الأذنين: جاز، وروى أسد بن عمرو عن محمد رحمه الله تعالى ما لم يخلق بها أذنان يجوز.

وفي "الضحايا" للحسن بن زياد. قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: جاز إذا خلقت بلا أذنين، وفي "زيادات نوادر هشام": قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إذا كانت لها أذنان صغيران يجوز بعد أن يسمى أذنان، وإذا كان لها ألية صغيرة خلقة تشبه الذنب، قال محمد رحمه الله تعالى: تجزي، وإن لم يكن لها ذنب، ولا ألية خلقة، قال محمد: لا تجزي، بمنزلة ما لم يخلق لها أحد العينين.

وأما الحتماء وهي التي لا أسنان لها، فقد روى هشام عن أبي يوسف: أنه لا يجوز.

سواء كانت تعتلف، أو لا تعتلف، وإذا بقي بعض أسنانها إن كانت تعتلف بما بقي من الأسنان جاز، وما لا فلا، ولا تجزئ العجفاء التي لا تنقي، ولا البينة المرض مرضها، ولا الجلالة التي تأكل الجيف، ولا تأكل غيرها.

١٠٨١٦ - ولا بأس بالشق في الأذن والكي، وهي السمة، وهي الثقب في الأذن، وروى أبو سليمان عن محمد رحمه الله تعالى: لا بأس بالمدابرة، وهي التي شق أذنها من خلفها، ولم يفصل الشق إلى قدامها، وبالشرقاء وهي التي قطع من وسط أذنها، فنفذ الخرق إلى الجانب الآخر.

١٠٨١٧ - وإذا ذهب بعض العين الواحدة، أو بعض الأذن الواحدة، أو بعض الألية، أو بعض الذنب، أو بعض السنام، فإن كان الذاهب كثيراً يمنع جواز الأضحية [وإن كان الذاهب قليلاً لا يمنع جواز الأضحية](١) وتكلموا في حد الفصل بين القليل والكثير، فالزائد على النصف كثير بالإجماع، وأما النصف فظاهر مذهبهم كثير، وأما ما دون النصف فوق الثلث: فهو قليل عندهم، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى في ظاهر مذهبه كثير، قال أبو يوسف: ذكرت قولي لأبي حنيفة رحمه الله تعالى، فقال: قولي مثل قولك، ولا بأس بالمهزولة إذا بقي لها بعض الشحم، فإن لم يبق شيء من ذلك لا يجوز، ولا يجزئ الجدعاء، وهي مقطوعة الأنف، ولا التي قطع ضرعها، ولا التي يبس ضرعها.

ومن المشايخ من يذكر في هذا الفصل أصلاً، ويقول: كل عيب يزيل المنفعة على الكمال، يمنع الأضحية، وما لا يكون بهذه الصفة، لا يمنع.

١٠٨١٨ - ثم كل عيب يمنع الأضحية، ففي حق الموسر يستوي أن يشتريها كذلك، أو يشتريها وهي سليمة، فصارت معيبة بذلك العيب، لا يجوز على كل حال، وفي حق المعسر يجوز على كل حال؛ لأن في حق الموسر الوجوب في الذمة بصفة الكمال، فلا يتأدى بالناقص، وأما في حق المعسر، فلا وجوب في الذمة، وإنما يثبت الحق في العين، فيتأدى بالعين على أي صفة كانت، وبه ورد الأثر عن علي رضي الله تعالى عنه.

١٠٨١٩ - وإن أصابها شيء من العيوب من اضطرابها حين أضجعها للذبح، وذبحها على مكانها جاز استحساناً. وإذا انفلتت، ثم أخذت وذبحت، وروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في غير رواية الأصول أنها إذا أخذت من فوره ذلك جاز، وإلا فلا، وعن محمد: أنه يجوز في الحالين بعد أن تكون الضجعة في وقت الأضحية.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من م و ب.

١٠٨٢٤ - ويستحب للمضحي أن يأكل من أضحيته، ويطعم منه غيره، وإن أكل الكل أو أطعم الكل كان جائزاً واسعاً. ويجوز أن يطعم منه الغني والفقير، ويهب منه ما شاء لغني أو فقير، أو مسلم، أو ذمي، ولا بأس بأن يحبس المضحي لحمها ويدخر كم شاء من لحمه، والصدقة أفضل، إلا أن يكون الرجل ذا عيال، فالأفضل أن يدعه لعياله، ويوسع به عليهم، هذه الجملة في أضاحي الزعفراني.

١٠٨٢٤ - وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: في رجل له تسعة من العيال وهو العاشر، فضحى بعشر من الغنم عن نفسه وعن عياله، ولا ينوي بعينها، لكن ينوي العشرة عنهم وعنه، جاز في الاستحسان، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

الفصل السادس
في الانتفاع بالأضحية

١٠٨٢٦ - يكره له أن يحلب الأضحية، ويجز صوفها قبل الذبح، وينتفع به؛ لأن الحلب والجز تفويت جزء منها، وقد التزم التضحية بجميع أجزاءها، فلا يجوز له أن يحبس شيئا منها، وإن فعل ذلك تصدق بها.

من أصحابنا رحمهم الله تعالى من قال: بأن هذا في الشاة التي أوجبها، وليست بواجبة، كالمعسر إذا اشترى أضحية، فأما الموسر إذا عين أضحية، فلا بأس بالحلب والجز؛ لأن الوجوب لم يتعين فيها، وإنما هو واجب في ذمته، ويسقط عنه بالذبح، فقبل الذبح صارت هي وغيرها سواء.

١٠٨٢٧ - قال: وإذا ذبحها في وقتها، جاز له أن يحلب لبنها، ويجز صوفها، وينتفع به؛ لأن القربة أقيمت بالذبح، والقربة والانتفاع بعد إقامة القربة مطلق، كالأكل، وإن كان في ضرعها لبن، وهو يخاف تفسخ ضرعها بالماء البارد لينقص اللبن، فلا يتأذى به، إلا أن هذا إنما ينتفع إذا كان بقرب من أيام النحر، فأما إذا كان بالبعد، فلا يفيد هذا؛ لأن اللبن ينزل ثانيا وثالثا بعد ما ينتقص، ولكن ينبغي أن يحلبها، ويتصدق باللبن، كالهدي إذا عطب قبل أن يبلغ محله، فإن عليه أن يذبحها، ويتصدق بلحمها. قال البقالي في كتابه: وما أصاب من لبنها تصدق بمثله، أو قيمته، وكذلك الأرواث، إلا أن يعلفها بقدرها

١٠٨٢٨ - ويجوز الانتفاع بجلد الأضحية، وعدى المتعة والتطوع بأن يتخذها فروا، أو بساطا، أو جرابا، أو غربالا، أو نطعا، وله أن يشتري به متاع البيت، كالغربال، والمنخل، والفروة، والكساء، والخف، وكذلك له أن يشتري به ثوبا يلبسه، ولا يشتري به الخل والمري، وكذلك لا يشتري به اللحم.

١٠٨٢٩ - ولا بأس ببيعه بالدراهم ليتصدق بها، وليس له بيعها بالدراهم لينفقه على نفسه، ولو فعل ذلك تصدق بثمنها. لو أراد بيع لحم الأضحية ليتصدق بثمنها، ليس له ذلك، وليس له في اللحم إلا أن يطعم، أو يأكل، هكذا ذكر في الأجناس

١٠٨٣٠ - وصار حاصل الجواب في الجلد أنه لو باعه بشيء ينتفع به بعينه يجوز، ولو باعه بشيء لا ينتفع به إلا بعد ما استهلكه لا يجوز، وفي اللحم لا يجوز أصلا، سواء باع بشيء،

ينتفع به بعينه[١] أو باعه بشيء لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه.

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى في شرح كتاب الأضحية: أن ما يجب في اللحم كما يجب في الجلد، إن باعه بشيء ينتفع به بعينه يجوز، ويتأيد هذا القول بما روى ابن سماعة في نوادره عن محمد رحمه الله تعالى: أنه لو اشترى باللحم ثوبًا فلا بأس بلبسه، ولو أراد أن يعطي الجزار أو الذابح أجرته من لحمها لا يجوز.

١٠٨٣١ - وإذا اشترى بعيرًا أو بقرة، وأوجبه أضحية، كره له ركوبه واستعماله، وإن فعل ذلك ونقصه تصدق بما نقص، وإن آجره تصدق بأجره.

١٠٨٣٢ - في أضاحي الزعفراني: وإذا اشترى بقرة، وأوجبها أضحية، فولدت ولدًا، ذبحها وولدها معًا؛ لأن حق التضحية ثبت في الأم، حتى منع المالك عن الانتفاع بها، كما يمنع من الانتفاع بها لو رهن أو كاتب، والحق متى ثبت في عين الأم سرى إلى الولد، وإذا سرى الحق إلى الولد وجب ذبح الولد.

ومن المشايخ من قال: لا يجب عنده أن يذبح الولد مع الأم؛ لأنه لو ذبحه ذبحه بطريق التضحية، ولا يجوز التضحية بالولد. قلت: هذا هكذا إذا أراد التضحية بالولد مقصودًا، والتضحية ههنا بالولد تجب تبعًا، ويجوز أن يثبت الشيء تبعًا لغيره وإن كان لا يثبت مقصودًا.

ومن أصحابنا من قال: ما ذكر من الجواب في الكتاب أنه يذبح الولد مع الأم محمول على الأضحية التي وجبت بالإيجاب، بأن كان صاحبها معسرًا، فأما إذا اشتراها موسرًا فولدت، لا يلزمه ذبح الولد؛ لأن الحق غير متعلق بهذا العين.

١٠٨٣٣ - فإن ذبح الولد يوم الأضحى قبل الأم أو بعدها جاز، وإن لم يذبحه وتصدق به حيًا في يوم الأضحية أجزأه، هكذا ذكر الزعفراني.

وعن محمد رحمه الله تعالى في المنتقى: أنه لو تصدق بالولد حيًا في أيام الأضحى، فعليه أن يتصدق بقيمته، فإن باع الولد في أيام الأضحى، تصدق بثمنه، فإن لم يبعه ولم يذبحه حتى مضت أيام النحر، فعليه أن يتصدق بالولد حيًا.

١٠٨٣٤ - وإذا ذبح الولد مع الأم، أكل من الأم، وهل يأكل من الولد؟ ذكر الصدر الشهيد في الأضاحي أنه يأكل في ظاهر الرواية، كما يأكل من الأم، وروي عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: أنه لا يأكل، وذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الأضحية ذكر

(١) ... هذه العبارة من جميع النسخ ...

الزعفراني في هذه المسألة في أضاحيه، وقال في موضع: يأكل، وقال في موضع: لا يأكل.

وفي الحاوي: لا يأكل من الولد، بل يتصدق به، وإن أكل منه، تصدق بقيمة ما أكل؛ وإن تصدق بولده حيا، أحب إلي والله أعلم.

الفصل السابع
في التضحية عن الغير وفي التضحية بشاة الغير عن نفسه

١٠٨٣٥ - في "فتاوى أبي الليث": إذا ضحى بشاة عن غيره بأمر ذلك الغير، أو بغير أمره لا يجوز؛ لأنه لا يمكن تجويز الأضحية عن الغير إلا بإثبات الملك لذلك الغير في الشاة، ولن يثبت الملك له في الشاة إلا بالقبض، ولم يوجد قبض الآمر ههنا لا بنفسه ولا بنائبه.

١٠٨٣٦ - وفي "الأضاحي للزعفراني": ضحّى الرجل ببقرة عن نفسه، وعن ستة من أولاده، فإن كانوا صغاراً أجزأهم، وإن كانوا كباراً، إن فعل بأمرهم فكذلك، وإن عدم الأمر لم يجز، وعن أبي يوسف: أنه يجوز عن البنين البالغين، وعن العيال بأمرهم وبغير أمرهم استحساناً.

وقال الزعفراني: عندنا لا يجوز، ولعل أبا يوسف ذهب إلى أن العادة إذا جرت من الأب في كل سنة، صار كالإذن من الأولاد البالغين والعيال للأب استحساناً، فإن كان على هذا الوجه، فالذي استحسن أبو يوسف مستحسن، فهذه المسألة نص، وتعليلها دليل على أن التضحية عن الغير بأمره يجوز أيضاً.

١٠٨٣٧ - وفيه أيضاً: سئل نصير عن التضحية عن الميت، قال: يصنع به كما يصنع بالأضحية يريد به أنه يتناول من لحمه، كما يتناول من لحم أضحيته، فقيل له: أتصير عن الميت، قال: الأجر للميت، والملك للمضحّي، وبه قال أبو سلمة وابن مقاتل وابن مطيع، وقال عصام: يتصدق بالكل.

وفي "فتاوى الفضلي": أنه سئل عن الأضحية عن الميت بغير أمره، قال: رأيت من علمائنا أنه لا يتناوله، والرواية في "الأجناس" وصورتها: نحروا ناقة عن سبعة: واحد من ميت ذبح عنه ورثته، قال: نصيب الستة يأكلونه، ونصيب الميت يتصدق به، ولا يأكل ورثته.

قال القاضي ركن الإسلام علي السغدي: وعن مشايخ بلخ أنه يتناول منه، وهي إشارة إلى المسألة المتقدمة، وبه أخذ الصدر الشهيد في "واقعاته"، وهذا لأن الذبح في هذه الصورة يقع على ملك الذابح، والثواب للميت، ولهذا لو كان للميت أضحية واجبة سقطت أضحيته، ولو كان الذابح بأمر الميت، قال: لا يتناول من لحمه، وعن مشايخ بلخ: أنه يتناول.

قال الصدر الشهيد: والمختار أنه لا يتناول، قال خلف: سألت محمداً عن الأضحية عن

الميت، هي أفضل أم الصدقة؟ قال: إن تصدق بجميعها فالأضحية، وإلا فالصدقة أفضل.

١٠٨٣٨ - في فتاوى أبي الليث: وسئل أبو نصر عمن ضحى، وتصدق بلحمه عن أبويه، قال: يجوز؛ لأن اللحم ملكه، فقد تصدق بملكه عن أبويه فيجوز.

١٠٨٣٩ - رجل ذبح أضحية غيره بغير أمره صريحًا، ففي القياس هو ضامن لها، ولا يجزئ الآمر عن أضحيته، وفي الاستحسان: لا ضمان، ويجزئ عن أضحية الآمر، ووجه ذلك أن ذلك لما تعينت لجهة الذبح، صار مستعينًا بكل أحد في التضحية بها في أيام الأضحية دلالة؛ لأن ذلك قد تفوته بمضي الوقت، وبعوارض عارض يمنعه من إقامتها، والإذن دلالة، والإذن صريحًا سواء.

١٠٨٤٠ - أطلق المسألة في الأصل، وقيدها في الأجناس بما إذا أضجعها صاحب الأضحية، وعلى هذا لو أن رجلين غلطا، فذبح كل واحد منهما أضحية صاحبه، أجزأ عن كل واحد منهما استحسانًا، ويجعل كل واحد منهما ذابحًا أضحية صاحبه بأمره دلالة، فيجوز عن كل واحد منهما أضحيته، ويأخذ كل واحد منهما مسلوخه من صاحبه. وإن كانا قد أكلا، ثم علما، فليحلل كل واحد منهما صاحبه، ويجزئهما، وإن تشاحا بعد ذلك، ضمن كل واحد منهما لصاحبه قيمة شاته؛ لأن كل واحد منهما [illegible][١] إذا لم يجز صنع صاحبه، لم تكن إضافة الذبح إليه، فيضمنه القيمة إن شاء، قال: ويتصدق كل واحد بتلك القيمة إن كان قد انقضت أيام النحر؛ لأن العين لو كان قائمًا، يجب التصدق بعينه، فإذا هلك العين يجب التصدق بالقيمة قائمة مقام التصدق بالعين.

١٠٨٤١ - وفي فتاوى أهل سمرقند: رجل اشترى خمس شياه أيام الأضحية، وأراد أن يضحي بواحدة منها، إلا أنه لم يعينها، فذبح رجل واحدة منها في يوم الأضحى بغير أمره بنية أضحيته، أو بنية أضحية صاحب الشاة، فهو ضامن؛ لأن صاحبها لما لم يعين، لم يأذن بذبحها دلالة.

١٠٨٤٢ - وفي المنتقى: رجل غصب أضحية غيره، وذبحها عن نفسه، وضمن القيمة لصاحبها، أجزأه ما صنع، والذبح يخالف الإعتاق، فإن الغاصب إذا أعتق، ثم ملكه بأداء الضمان، لا ينفذ.

والفرق: أن عند أداء الضمان يثبت للغاصب الملك مستندًا إلى وقت الغصب السابق، والمستند يثبت للحال من وجه، ومن ذلك الوقت من وجه، فكان الملك فيما بين الغصب وأداء

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ط وم وف.

الضمان ثابتا من وجه دون وجه، ومثل هذا الملك لا يكفي لنفوذ العتق، ويكفي لنفاذ القرب، أصله المكاتب إذا أعتق، وإذا أحصر وبعث بهدي من كسبه.

وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه لا يجزئه الذبح عن نفسه بأداء الضمان، وقاسه بالإعتاق، وهكذا روى ابن رستم عن محمد رحمه الله تعالى.

١٠٨٤٣- هذا إذا ضمن الغاصب قيمتها للمالك، وإن اختار المالك أخذها مذبوحة بحالها، لا يجزئه عن أضحيته، أخذها المالك مذبوحة، أو ضمنه قيمتها، وذكر شيخ الإسلام في مسألة المودع إذا ذبح الوديعة ما يدل على الجواز ههنا.

ولو كان مكان[1] الغصب استحقاقا، فإن ضمنه صاحبه قيمتها، ذكر الزعفراني في أضحيته أنه يجوز بلا خلاف، وذكر الناطفي في "أجناسه" في الاستحقاق، ونص أنه يجزئه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى.

١٠٨٤٤- وفي "أضاحي الزعفراني" أيضا: إذا غصب الرجل أضحية الغير، وذبحها عن نفسه متعمدا لذلك، فصاحب الأضحية بالخيار، إن شاء ضمن الذابح قيمتها، وإن شاء أخذها مذبوحة، وأيا ما اختار لا يجوز عن صاحبها. وقال محمد بن مقاتل الرازي رحمه الله تعالى: إن ضمنه لا يجزئه، وإن أخذها مذبوحة يجزئه، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى؛ لأنه قد نواه[2] فلا يضره ذبح غيره لها.

١٠٨٤٥- وعن نصير فيمن دعى قصابا ليضحي عنه، فضحى القصاب عن نفسه، قال: هي للآمر.

١٠٨٤٦- ابن سماعة عن محمد: أمر رجلا أن يذبح شاة له، فلم يذبحها المأمور حتى باعها الآمر، ثم ذبحها، فالمأمور ضامن، ولا يرجع بما ضمن على الآمر، علم بالبيع أو لم يعلم، أما إذا علم فظاهر، وأما إذا لم يعلم فلأنه ما غره؛ لأنه حين أمره بالذبح كانت الشاة له.

١٠٨٤٧- في "واقعات الناطفي": وفي "الأجناس" ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا أمر الرجل غيره بذبح الشاة، وقد كان الآمر باعها، فذبحها المأمور، وهو يعلم بالبيع، فإن للمشتري أن يدفع الثمن، ويتبع الذابح فيضمنه قيمتها، ولم يكن للذابح أن يرجع على الآمر. قال: ولو كان لا يعلم بالبيع، لم يكن للمشتري أن يضمنه القيمة، علل فقال: لأنه لو ضمنه كان له أن يرجع على الآمر، فكأنه هو فعل ذلك، فينتقض البيع

---

(١) وفي نسخة "ظ": بيع بدلا من مكان.

(٢) هكذا في نسختي "ف" و"م"، وكان في الأصل وفي نسخة "ظ": شراه مكان نواه.

١٠٨٤٨ - في النوازل: سلم غنمه إلى راعي، فذبح شاة منها، فقال: ذبحتها وهي ميتة. وقال صاحب الغنم: ذبحتها وهي حية، فالقول قول الراعي؛ لأنه أنكر سبب الضمان، ولا يحل أكلها؛ لأنه لم يثبت المبيح وهو الذكاة.

١٠٨٤٩ - وفيه أيضًا: اشترى أضحية، وأمر غيره بذبحها، فذبحها، وقال: تركت التسمية عمدًا، ضمن الذابح قيمة الشاة؛ لأنه جعلها ميتة، ثم بعد ذلك ينظر إن كان أيام النحر[١] قائمة يشتري بقيمتها أخرى، ويضحي بها، ويتصدق بلحمها، ولا يأكل، وإن لم تكن باقية تصدق بالقيمة على المساكين.

---

(١) وفي نسخة "ط": أيام النحر.

الفصل الثامن
فيما يتعلق بالشركة في الضحايا

١٠٨٥٠ - الشاة لا تجزئ إلا عن واحد، وإن كانت عظيمة، والبقرة والبعير كل واحد منهما يجزئ عن سبعة، إذا كانوا يريدون بها وجه الله، اتفقت جهات القربة أو اختلفت.

وقال زفر: إن اختلفت جهات القرب، لا يجوز، وإن كان أحدهم يريد اللحم، لم يجز عن واحد منهم، والتقدير بالسبع يمنع الزيادة، ولا يمنع النقصان.

١٠٨٥١ - وإذا اشترى الرجل بقرة أو بعيراً يريد أن يضحي بها عن نفسه، ثم اشترك فيها ستة بعد ذلك، القياس أن لا يجزئهم، ويصير الكل لحماً، وفي الاستحسان: يجزئهم؛ لأن البقرة قائم مقام سبع شياه، وكذلك البدنة، فصار[1] شراؤها بنية الأضحية، كشرى سبع شياه، ومن اشترى سبع شياه بنية الأضحية، ثم باع ستاً منها، وضحى بالسابعة، وضحى المشتري بالست، جاز عن الكل، كذا ههنا.

فإذا جاز عنه وعن شركائه، هل يلزمه الذبح بستة الأسباع التي باعها ما بقي الوقت والتصدق بقيمتها بعد فوات الوقت؟ لم يذكر هذا الفصل في الكتاب. قال شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهر زاده" رحمه الله تعالى: حكي عن مشايخ بلخ أنهم قالوا: عليه الذبح بستة أسباع بقرة مثل الأولى في القيمة يشتري مع غيره فيذبح، أو يشتري ست شياه، ويذبح إن كانت قيمته مثل قيمة ستة أسباع البقرة، غنياً كان أو فقيراً. وهذا لما ذكرنا أن شراء البقرة بمنزلة شراء سبع شياه، ولو اشترى سبع شياه بنية الأضحية، ثم باع ستاً منها، فإنه يلزم الذبح بمثل ذلك، غنياً كان أو فقيراً ما بقي الوقت؛ لأن الغني فيما زاد على شاة واحدة، ولا وجوب فيها، فالغني والفقير سواء، والفقير إذا اشترى سبع شياه بنية الأضحية، وباع شيئاً منها، فإنه يشتري شيئاً منها، ويذبحها ما دام الوقت باقياً، وإن مضى الوقت يتصدق بقيمتها، كذا ههنا.

قال: ولو فعل ذلك قبل الشراء، كان أحسن؛ لأن الاشتراك بعد الشراء [خلف في الوعد، وإنه حرام. وفي مناسك الحسن: لا ينبغي أن يشركهم فيها بعد الشراء][2] إلا أن يريد

---

(١) وفي نسخة "م": وكان مكان فصار.

(٢) ما بين معقوفين سقط من الأصل، وأثبتناه من "ط" و"م" و"ف".

حتى اشتراها أن يشركهم فيها، فلا بأس بذلك.

وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: لا أرى بأساً فيما إذا نوى حين اشترى أن يشركهم، ولا أحفظ فيه رواية عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، ولو لم ينو أن يشركهم، ثم أشركهم، فقد كرهه أبو حنيفة رحمه الله تعالى، وهو قول أبي يوسف.

١٠٨٥٢ - إذا كان الشركاء في البدنة أو البقرة ثمانية، لا يجزئهم؛ لأن نصيب أحدهم أقل من السبع. وكذلك إذا كان الشركاء أقل من الثمانية، إلا أن نصيب واحد منهم أقل من السبع بأن مات الرجل، وترك امرأة وابناً وبقرة، فضحيا بها يوم العيد لم يجز؛ لأن نصيب المرأة أقل من السبع، فلم يجز نصيبها، فلم يجز نصيب الابن أيضاً.

١٠٨٥٣ - وفي الأضاحي للزعفراني: لو اشترك ثلاثة نفر في بقرة على أن يدفع أحدهم أربع دنانير، والآخر ثلاثة دنانير، والآخر ديناراً، واشتروا بها بقرة على أن تكون البقرة بينهم على قدر رأس مالهم، فضحوا بها، لم يجز؛ لأن نصيب أحدهم أقل من السبع.

وإن كانت البقرة أو البدنة بين اثنين فضحيا بها، اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، قال بعضهم: لا يجزئهما؛ لأن لكل واحد منهم ثلاثة أسباع ونصف سبع، ونصف السبع لا يجوز في الأضحية، فإذا لم يجز النصف[1] لم يجز الباقي، وقال بعضهم: يجوز، وبه أخذ الفقيه أبو الليث والصدر الشهيد برهان الأئمة، وهكذا ذكر الشيخ الفقيه محمد الخرسيني صورته.

وصورة ما ذكر الفقيه الخرسيني: إذا اشترك ثلاثة نفر في بقرة على أن يدفع أحدهم ثلاثة دنانير ونصفاً، وآخر دينارين ونصفاً، وآخر ديناراً، فاشتروا بها بقرة على أن يكون البقر بينهم على قدر رأس مالهم، فضحوا بها، جازت الأضحية عنهم، لأحدهم ثلاثة أسباع ونصف سبع، ولأحدهم سبعان ونصف سبع، ولأحدهم سبع، ووجه ذلك أن نصف السبع وإن لم تكن أضحية، فهي قربة تبعاً للأضحية، فلا يصير لحماً.

١٠٨٥٤ - قال في الأصل: سبعة اشتركوا في بقرة أو بدنة، ثم مات بعضهم قبل أن يذبحوا، وقال ورثته: اذبحوها عنكم وعن فلان الميت، هل يجزئهم؟ القياس أن لا يجزئهم، وفي الاستحسان أن يجزئهم، وعلى هذا القياس والاستحسان [أن] أحد الشركاء إذا كان يضحي عن ولده الصغير أو عن أم ولده، وطريق الجواز [أن ذبح البقرة] عن سبعة بنية القربة بمنزلة ذبح سبع شياه؛ لأن جواز ذبح البقرة عن سبعة من حيث إن البقرة أقيمت مقام

(١) وفي نسخة م: ... البعض.

سبع شياه وإراقة دمها أقيمت مقام سبع إراقات، لا من حيث إن كل واحد منهم صار مضحيًا لجميع البقرة من حيث إن الإراقة لا تتجزأ؛ لأن الجواز عن السبعة ولو كان بهذا الطريق لما اقتصر الجواز عن السبعة.

ألا ترى أن القصاص لما وجب على[1] الجماعة بقتل الواحد من حيث إن كل واحد جعل قاتلا كملا؛ لأن الإراقة لا تتجزأ، وجب القصاص على أكثر من السبع إذا اشتركوا في القتل، وإذا لم تجز البدنة عن أكثر من سبعة علم بطريق الجواز أن البدنة وإراقة دمها أقيمت مقام سبع شياه، وسبع إراقات. ولو اشترى سبعة نفر سبع شياه، كل واحد شاة، فضحى أحدهم بشاة عن ولده الصغير، أو عن أم ولده، أو عن الميت، لا تصير الشاة الست تطوعًا، كذا ههنا.

وليس كما نوى أحدهم اللحم، أو صار نصيب أحدهم لحما بأن كان أحد الشركاء كافرًا، فإنه مما لا يجوز عن الكل، ولا يجعل تلك الإراقة من الكل بنية القربة فيما عدا ذلك، تكون العبرة للحقيقة، وإنما إراقة واحدة من حيث الحقيقة، فإذا صار البعض لحمًا، صار الباقي لحمًا. وذكر الزعفراني هذه المسألة في أضاحيه، وجعلها على وجهين: إما إن قال الورثة لباقي الشركاء: ضحوا بها عن الميت، وعن أنفسكم، أو لم يقولوا شيئًا، وفي الوجهين جميعًا يجوز عند محمد رحمه الله تعالى، إلا أن في الوجه الأول لا خيار للورثة، وفي الوجه الثاني لهم الخيار إن شاءوا أجازوا نصيبهم عن الميت، وإن شاءوا ضمنوا لهم، ويجوز عنهم في الوجهين.

وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى: إن كان الميت أوجب على نفسه، فقد وجب شاءت الورثة أو أبت، وإن لم يوجب لا يجوز شاءت الورثة أو أبوا؛ لأنه لا يرى الأضحية عن الميت ابتداء من غير أن يكون الميت أوجب على نفسه.

١٠٨٥٥ - سبعة ضحوا ببقرة وأرادوا أن يقتسموا اللحم بينهم، إن اقتسموها وزنًا، لا يجوز؛ لأن القسمة فيها معنى البيع، والبيع على هذا الوجه يجوز، وإن اقتسموها جزافًا، إن جعلوا مع اللحم شيئًا من السقط نحو الرأس والأكارع يجوز، وإن لم يجعلوا لا يجوز؛ لأن البيع على هذا الوجه لا يجوز[2]، فإن فعلوا مع هذا الوجه، وحللوا الفضل بعضهم لبعض، لم يجز.

فرق بين هذا وبين ما إذا باع رجل درهمًا بدرهم [وأحدهما] أكثر وزنًا، فحلل صاحبه

---

(١) وفي ظ و م: من الجماعة.

(٢) هكذا في ف و م، وكان في الأصل و ظ: يجوز.

الآخر حيث يجوز، والفرق أن خلط الفضل عنه هبة، ففي فصل اللحم حصلت الهبة في مشاع يحتمل القسمة [وفي الفصل الثاني حصلت الهبة في مشاع لا يحتمل القسمة؛ لأن الرأس الواحد صحيح لا يحتمل القسمة](١). وذكر في مسائل الخوجندي إذا جعلوا اللحم والشحم سبعة أسهم، وقسموا بينهم جزافا، جازت القسمة.

١٠٨٥٦ - في الأضاحي للزعفراني: اشترى سبعة نفر سبع شياه بينهم أن يضحوا بها بينهم، ولم يسم لكل واحد منهم شاة بعينها فضحوا بها كذلك، فالقياس أن لا يجوز، وفي الاستحسان: يجوز. فقوله: اشترى سبعة سبع شياه بينهم، يحتمل كل شاة بينهم، ويحتمل شرى سبع شياه على أن يكون لكل واحد منهم شاة، ولكن لا بعينها، فإن كان المراد هو الثاني، فهذا كان من الجواب باتفاق الروايات؛ لأن كل واحد منهم يصير مضحيا بشاة كاملة، وإن كان المراد هو الأول، فهذا ذكر من الجواب على إحدى الروايتين، فإن الغنم إذا كانت بين رجلين فضحيا بها، ذكر في بعض المواضع: أنه لا يجوز.

١٠٨٥٧ - وفي النوازل: شاتان بين رجلين ذبحاهما عن نسكيهما جاز، وهكذا ذكر القدوري رحمه الله تعالى في شرح كتابه، فرق بين هذا وبين عبدين بين رجلين أعتقاهما عن ظهارهما، حيث لا يجوز؛ لأن الجبر على القسمة يجري في الشاة، فأمكن جمع كل واحد منهما في شاة واحدة، ولا كذلك في الرقيق.

(١) أثبتت هذه العبارة من نسختي ظ و م

الفصل التاسع
في المتفرقات

١٠٨٥٨- في "النوازل": رجل ضحى بشاتين، قال محمد بن سلمة: لا يكون الأضحية إلا بواحدة، وقال غيره من المشايخ: تكون الأضحية بهما، وبه أخذ الصدر الشهيد في "واقعاته"، روى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه لا بأس بالأضحية بالشاة والشاتين، وقد صح أن رسول الله ﷺ كان يضحي كل سنة بشاتين، وضحى عام الحديبية بمائة بدنة[1].

١٠٨٥٩- في "فتاوى الفضلي": شاة ندت وتوحشت، فرماها صاحبها، ونوى الأضحية، فأصابها، أجزأه عن الأضحية؛ لأنها لم تصر بمنزلة الوحوش بالند، ولو امتنع جواز أضحيته ههنا، امتنع لهذه الجهة.

اشترى شاتين للأضحية، فضاعت إحداهما، فضحى بالثانية، ثم وجدها في أيام النحر، أو بعد أيام النحر، فلا شيء عليه، سواء كانت هي أرفع من التي ضحى بها، أو أدون منها.

ولو اشترى شاة للأضحية، ثم اشترى أخرى للأضحية، ثم ضاعت الأولى، فضحى بالثانية، ثم وجد الأولى، فإن كانت مثل الثانية، أو دونها، فلا شيء عليه، وإن كان أفضل، تصدق بفضل ما بينهما في مسائل الحرمين.

١٠٨٦٠- وفيها أيضًا: إذا قال: لله تعالى علي أن أهدي بشاة، أو أضحي شاة، فأهدى ببقرة، أو جزور، أو ضحى ببقرة، أو جزور، جاز؛ لأنه أدى أفضل مما التزم.

وفيها أيضًا: رجل ضحى بشاة تساوي تسعين، ورجل آخر ضحى ببقرة تساوي سبعين، ورجل آخر تصدق بمائة درهم، فأضحية صاحب الشاة أعلى من أضحية صاحب البقرة؛ لأن قيمة الشاة أكثر، والذي ضحى ببقرة أعظم أجرًا من الذي تصدق بمائة درهم.

١٠٨٦١- وفيها أيضًا: اشترى شاة للأضحية في أيام النحر، وهو فقير، وضحى بها، ثم أيسر في أيام النحر، قال الشيخ الفقيه أبو محمد الحرميني: عليه أن يعيد، وغيره من المتأخرين قالوا: لا يعيد، وبه نأخذ.

---

(١) ذكره السيوطي في "الجامع الصغير" (٦٦٩)، والمناوي في "فيض القدير" (٥/ ٢٢٧).

وجه الجنة: أوصى بأن يضحى عنه، ولم يسم شيئاً؛ فهو جائز، ويقع ذلك عن الشاة؛ لأنها هي الأدنى، ولأنها هي المتعارف.

١٠٨٦٢ - وإذا أوصى أن يشترى بجميع ماله بقرة، فيضحى بها عنه، فمات، ولم يجز الورثة، فنصيبه جائز في قولهم جميعاً، ويشترى بالثلث شاة، ويضحى بها عنه.

ولو أوصى بأن يشترى بقرة بعشرين درهماً، ويضحى بها عنه، ثم مات، وثلث ماله أقل من عشرين درهماً، فإنه يضحى عنه على مذهبهم بما بلغت.

١٠٨٦٣ - وإذا أوصى بأن يشترى له شاة بهذه العشرين درهماً، ويضحى عنه، ثم مات، فضاع من الدراهم درهم واحد، لم يضح عنه بما بقي عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، خلافاً لهما.

١٠٨٦٤ - وإذا وكل إنساناً بأن يشتري له شاة، واستأجر إنساناً أن يذبحها بيوم، لم يلزم الآمر من الكراء شيء.

ولو وكله أن يشتري له شاة للأضحية، فهو جائز؛ لأن الشاة اسم جنس يتناول الضأن والمعز جميعاً، وإن وكله إنسان يشتري له ضأناً، فاشترى معزاً، أو كان على العكس، لا يلزم الآمر؛ لأن كل واحد منهما اسم نوع آخر، فالضأن نوع يشتمل على الذكر والأنثى، فالذكر منه يسمى كبشاً، والأنثى منه تسمى نعجة، والمعز نوع آخر يشتمل على الذكر والأنثى، فالذكر منه يسمى تيساً، والأنثى يسمى عنزاً، وأحد النوعين لا يدخل تحت اسم النوع الآخر.

١٠٨٦٥ - اشترى شاة، فضحى بها، ثم وجد بها عيباً ينقصها، ولكن لا يخرجها عن حد الضحايا، فله أن يرجع بنقصان العيب على البائع، وإذا رجع ليس عليه أن يتصدق به؛ لأن الشاة المعيبة تجوز عن الأضحية، فليس عليه وراء ذلك، فإن قال البائع: أنا آخذها مذبوحة، فله ذلك، وإذا أخذها ورد الثمن، فعلى المشتري أن يتصدق بما قبضه من البائع، [إلا حصة][1] نقصان العيب، فإن نوى الثمن على البائع، فلا شيء عليه، وإن نوى البعض، ووصل إليه البعض، يتصدق منه بما كان من حصة الشاة، ولا يتصدق بحصة نقصان العيب، حتى لو كان الثمن عشرة، ونقصان العيب درهم، يتصدق بتسعة باعتبار ما وصل إليه من الثمن.

١٠٨٦٦ - إذا ضحى شاة، ثم غصبها رجل من المضحي، فعلى الغاصب قيمتها مذبوحة، وعلى المضحي أن يتصدق بما يصل إليه من القيمة، وإن نوى القيمة على

---

(١) ما بين المعقوفين من "ف"، وكان في الأصل و"م": حصته بكذا نقصه.

الغاصب، فلا شيء على المضحي. وإن أبرأ المضحي عن القيمة كلها، أو بعضها، وهو غني أو فقير، يحتمل أن لا يكون عليه شيء؛ لأن في الابتداء كان له أن يهب الأصل للغاصب، وإذا أخذ القيمة لا يجوز له أن يهبها لغيره؛ لأن بعد ما قبض القيمة، لزمه التصدق بها. وإن كان صالح الغاصب على أقل من قيمتها، ليس عليه أن يتصدق إلا بالقدر الذي وصل إليه، وإن صالح على شيء مأكول، أو على شيء من متاع البيت، يحتمل أن لا يجب عليه التصدق بذلك، بل يأكل المأكول، وينتفع بما كان من متاع البيت.

١٠٨٦٧ - اشترى المعسر شاة، وأوجبها أضحية، فماتت في أيام النحر، وخرج منها جنين حي، فالقياس أن يكون الجنين له، يعمل به ما يريد، وفي الاستحسان: يتصدق.

١٠٨٦٨ - وإذا وهب لرجل شاة، وضحى الموهوب له بها، ثم رجع الواهب فيها، ففي ظاهر الرواية عن أصحابنا صح رجوعه، وروى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه لا يصح، وإذا صح الرجوع في ظاهر الرواية، جازت الأضحية عن الموهوب له؛ لأن الرجوع من الواهب فيها بمنزلة هبة الموهوب له الشاة المذبوحة من الواهب، وليس على الواهب أن يتصدق بشيء.

في "مجموع النوازل": أربعة نفر اشترى كل واحد منهم شاة، لونها وسمنها واحد، فحبسوها في بيت، فلما أصبحوا وجدوا واحدة منها ماتت، ولا يدرى لمن هي؟ فإنه يباع هذه الأغنام جملة، ويشتري بثمنها أربع شياه كل واحد منهم شاة، ثم يوكل كل واحد منهم شاة صاحبه بذبح كل واحد منها، ويحلل كل واحد منهم صاحبه أيضاً، حتى يجوز عن الأضحية -والله أعلم-[١].

تم كتاب الأضحية من "المحيط" بحمد الله تعالى

---

(١) وفي "ظ": بحمد الله تعالى وعونه وحسن توفيقه، والحمد لله وحده، وصلى الله على من لا نبي بعده، وسلم تسليماً كثيراً، ويليه في الجزء الذي بعده كتاب الوقف وهو الجزء الرابع.

كتاب الوقف

هذا الكتاب يشتمل على ستة وعشرين فصلاً

الفصل الأول: في الألفاظ التي تجري في الوقف، وما يتم به الوقف، وما لا يتم

الفصل الثاني: فيما يتعلق بجواز الوقف، وصحته، وشرائط صحته

الفصل الثالث: في بيان ما يجوز من الأوقاف، وما لا يجوز، وهو أنواع:

منها: في تعليق الوقف بالشرط

ومنها: في وقف المنقول.

ومنها: فيما يدخل في الوقف من غير ذكر خلاف.

ومنها: في الأوقاف المضافة.

ومنها: وقف المحجور.

الفصل الرابع: فيما يتعلق بالشرط في الوقف، وهو أنواع.

الفصل الخامس: في الإقرار بالوقف.

الفصل السادس: في الولاية في الوقف.

الفصل السابع: في تصرف القيم في الأوقاف، وهو نوعان: أحدهما: فيما يرجع إلى عمارة الوقف، والآخر: فيما يرجع إلى العقود

الفصل الثامن: في الوقف على نفسه، وما يتصل به.

الفصل التاسع: في الوقف على ولده، وولد ولده، وعقبه، ونسله، وما يتصل بذلك.

الفصل العاشر: في الوقف على فقراء قرابته.

الفصل الحادي عشر: في الرجل يقف أرضه على قرابته، فيجيء رجل، فيدعي أنه من قرابته، وفيه الوقف على أقرب الناس منه، أو إليه.

الفصل الثاني عشر: في الوقف على أهل السنة، والآل، والجنس، والعقب، والجيران، وأشباه ذلك

الفصل الثالث عشر: في الرجل يقف أرضه على الفقراء، فيحتاج أحد من ولده، أو يحتاج

هو بنفسه.

الفصل الرابع عشر: في الوقف على الموالي، والمدبرات، وأمهات الأولاد، والمماليك.

الفصل الخامس عشر: في وقف المريض.

الفصل السادس عشر: في الرجل يقف أرضه على وجوه سماها، كيف يقسم الغلة؟

الفصل السابع عشر: في حق الرجل يقف أرضه على قوم، فلا يقبلون، أو يقبل بعضهم دون بعض، أو يكون بعضهم حيًا وبعضهم ميتًا

الفصل الثامن عشر: في الرجل يقف على جماعة، ثم يستثني بعضهم بصفة خاصة، وفي الرجل يقف على جماعة [موصوفين][1] بصفة، فتزول تلك الصفة عن كلهم، أو عن بعضهم.

الفصل التاسع عشر: في المسائل التي تتعلق بالصك وما فيه.

الفصل العشرون: في المسائل المتعلقة بالدعاوى والخصومات والشهادات في باب الوقف، وهو أنواع:

منها في المسائل العائدة إلى الشهادة في الوقف

الفصل الحادي والعشرون: في المساجد، وهو أنواع.

الفصل الثاني والعشرون: في المسائل العائدة إلى الرباطات، والمقابر، والخانات، والحياض، والطرق، والسقايات.

الفصل الثالث والعشرون: في المسائل العائدة إلى الأشجار التي في المقابر، وفي أراضي الوقف، وغير ذلك.

الفصل الرابع والعشرون: في الأوقاف التي يستغنى عنها، وما يتصل به من صرف غلة الأوقاف إلى وجوه أخر.

الفصل الخامس والعشرون: في وقف الكفار.

الفصل السادس والعشرون: في المتفرقات.

---

(١) وفي نسخة "ف": معروفين.

الفصل الأول
في الألفاظ التي تجري في الوقف
وما يتم به الوقف، وما لا يتم

١٠٨٦٩ - إذا قال: أرضي هذه [صدقة] محرمة مؤبدة حال حياتي، أو بعد وفاتي، أو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة في [حال] حياتي، وبعد وفاتي، أو قال: أرضي هذه صدقة محبوسة مؤبدة، أو حبيسة مؤبدة حال حياتي، وبعد وفاتي، تصير وقفًا جائزًا لازمًا على الفقراء عند الكل، ولو لم يقل: حال حياتي، وبعد وفاتي، فالمسألة على الخلاف بين أبي حنيفة رحمه الله تعالى وصاحبيه، على ما يأتي بيانه بعد هذا - إن شاء الله تعالى -.

١٠٨٧٠ - ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة، أو قال: صدقة محبوسة، أو قال: حبيسة، ولم يقل: أو حبيسة مؤبدة، فإنه يصير وقفًا في قول عامة من يجيز الوقف، وقال الخصاف وأهل البصرة: بأنه لا يصير وقفًا. ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على المساكين، يصير وقفًا بالإجماع، وذهبوا في ذلك إلى [أن] جواز الوقف معلق بالتأبيد، لما نبين بعد هذا إن شاء الله تعالى، وما يكون معلقًا بالتأبيد، لا يكون إلا بذكر التأبيد، لأنهم لا ينقطعون أبدًا.

وجه قول العامة: إن التأبيد كما يثبت بذكر المساكين، يثبت بذكر الصدقة، لأن الصدقة تثبت مؤبدة؛ لأنها لا تحتمل الفسخ.

١٠٨٧١ - ولو قال: أرضي هذه موقوفة، أو قال: داري هذه موقوفة، أو قال: وقفت أرضي هذه، أو قال: داري هذه، فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: يكون وقفًا، وقال محمد وهلال: لا يكون وقفًا، وكذلك على قول الخصاف وأهل البصرة: لا يكون وقفًا، لأنه لا تصير وقفًا في المسألة الأولى عندهم، وقد جمع بين الصدقة والموقوفة؛ فلأن [لا] يصير وقفًا هنا، كان أولى. وجه قول محمد: أن قوله: وقفت أرضي، يحتمل وقفها على الفقراء، فيكون وقفًا تامًا، ويحتمل وقفها على الأغنياء، فلا يكون وقفًا بالشك.

وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول: العرف الظاهر فيما بين الناس أنهم يريدون بهذا الوقف على الفقراء، وكان مشايخ بلخ يفتون بقول أبي يوسف. قال الصدر الشهيد في واقعاته: ونحن نفتي به أيضًا.

وكذلك إذا قال: أرضي هذه محرمة، أو قال: حبيسة، أو قال: هي محرمة محبوسة، أو قال: حبيسة، فهو على هذا الخلاف أيضاً، وكذلك إذا قال: أرضي هذه موقوفة محرمة حبيسة محرمة لا تباع، ولا توهب، ولا تورث، فهو على هذا الخلاف.

١٠٨٧٢ - ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة، أو قال: أرضي هذه وقف صدقة، أو قال: أرضي هذه صدقة محرمة، أو قال: محرمة صدقة، أو قال: محبوسة صدقة، أو قال: صدقة محرمة، فهي وقف بلا خلاف. هذا إذا لم يعين إنساناً [فأما إذا] عين، بأن قال: وقفت أرضي هذه على فلان، أو قال: [أرضي هذه موقوفة على فلان، أو قال: على] ولدي فلان، أو قال: على قرابتي، وهم يحصون، لا يجوز.

فرق أبو يوسف رحمه الله تعالى بين هذا وبين ما إذا لم يعين إنساناً، والفرق: أنه إذا لم يعين إنساناً، فالجواز باعتبار أنه وقف على الفقراء ظاهراً بحكم العرف، وإذا عين إنساناً لا يمكن أن يجعل وقفاً على الفقراء.

هذا إذا عين إنساناً، وذكر لفظ الوقف مفرداً، أما إذا ذكر معه لفظة الصدقة، بأن قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على فلان، أو قال: على ولدي، كان وقفاً، والغلة لفلان ما دام حياً، وإذا مات هو يصرف الغلة إلى الفقراء؛ لأنه لما نص على الصدقة، والصدقة لا تكون إلا على الفقراء، كان هذا وقفاً على الفقراء، وكان ذكر فلان تخصيصاً بالغلة في الباب الأول من الوصايا.

وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه إذا عين إنساناً، أو قال: وقفت أرضي لك هذه، هي وقف لك، حبيسة لك، حبيس لك، فهو تمليك منه، ويتم بالتسليم إليه.

وفي شروط محمد بن مقاتل رحمه الله تعالى: قال أبو يوسف: جاز الوقف على رجل بعينه، وإذا مات الموقوف عليه، يرجع إلى ورثة الواقف.

وفي «البرامكة» عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: يجوز الوقف على رجل بعينه.

١٠٨٧٣ - وإذا مات الموقوف عليه، يرجع إلى المساكين. فصار في رجوع الوقف إلى الواقف، أو ورثة الموقوف عليه روايتان عنه، وكل ذلك يدل على جواز الوقف على رجل بعينه. وفي وقف الخصاف: إذا قال: جعلت هذه الأرض صدقة موقوفة على فلان، وولده، وولد ولده، وأولادهم(١)، فإذا سمى من ذلك ثلاثة بطون، فهو وقف مؤبداً إلى يوم القيامة قال ثمة أيضاً. وقال أبو يوسف: إذا قال: جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة لله أبداً على

(١) في ب: وولد أولادهم

فلان، وولده، وولد ولده، فهو جائز، كقوله: أبدًا.

وفي "المنتقى": قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إذا جعل أرضًا له صدقة موقوفة على فلان، وولده، جاز ما داموا أحياء، فإذا انقرضوا، رجعت إلى صاحبها، إن كان حيًا، وإلى ورثته إن كان ميتًا، قال: وليس هذا نظير قوله: أرضي صدقة موقوفة ينفق من غلتها على فلان؛ لأنه إذا قال: هي صدقة موقوفة على فلان، فإنما أوجبها له خاصة، وإذا قال: هي صدقة موقوفة، ولم يقل: على فلان، فإنما أوجبها للفقراء، فإذا استثنى أن ينفق من غلتها، فإنما استثنى من صدقة أمضيت. فما ذكر في "المنتقى" يخالف ما ذكر في "الواقعات" وذكر هذه المسألة في "المنتقى" مرة أخرى على نحو ما ذكر في "الواقعات".

١٠٨٧٤ - وفي وقف هلال: إذا قال: أرضي هذه موقوفة لله تعالى أبدًا، كان وقفًا صحيحًا على المساكين؛ لأن معنى كلامه: أرضي صدقة أبدًا؛ لأن الوقف لله تعالى لا يكون إلا وقف الأصل، ليتصدق بالغلة، وكذلك إذا قال: موقوفة لله من غير ذكر الأبد، وكذلك إذا قال: موقوفة لوجه الله، أو قال: لطلب ثواب الله.

إذا قال: أرضي هذه صدقة، أو قال: جعلت أرضي هذه صدقة، كان هذا نذرًا بالتصدق، فينبغي أن يتصدق بعينها، أو يبيعها ويتصدق بثمنها.

ذكر هلال في وقفه عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه إذا قال: جعلت أرضي هذه للفقراء، إن كان هذا في تعارفهم وقفًا، كان وقفًا، وإن لم يكن في تعارفهم وقفًا، يسأل عنه ما ذا أراد بقوله: جعلتها للفقراء؟ إن قال: أردت أن يكون وقفًا على الفقراء يكون وقفًا على الفقراء؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه، وإن أراد به الصدقة، أو لم يكن له نية، فهو نذر بالتصدق، أما إذا نوى الصدقة، فلأنه نوى ما يحتمله لفظه، وأما إذا لم ينو، فلأن هذا أدنى، فكان إثباته أولى عند الاحتمال، ومتى صار نذرًا، كان عليه أن يتصدق بثمنها، أو بقيمتها، كما لو نص عليه.

١٠٨٧٥ - وإذا قال: أرضي هذه للسبيل، ولم يزد على هذا، فإن كان هذا الرجل من قوم هذا اللفظ في متعارفهم وقف، فهو وقف، وإن لم يكن من قوم تعارفهم أن هذا وقف، يسأل عنه، إن أراد [به] الوقف، فهو وقف، وإن أراد به الصدقة، فهو صدقة، فيتصدق بعينها، أو بثمنها. وذكرنا في المسألة المتقدمة وهو ما إذا قال: جعلت أرضي هذه للفقراء، أو لم ينو شيئًا أنه يكون نذرًا، ولا فرق بينهما؛ لأنه إذا صار نذرًا، فإذا مات، يصير ميراثًا عنه، هذه الجملة في الباب الأول من "الواقعات".

وفي هذا الموضع أيضًا: إذا قال: ضيعتي هذه للسبيل، ولم يزد على هذا، لم يصر وقفًا إلا إذا كان القائل في ناحية يفهم أهل تلك الناحية بها الوقف المؤبد من إطلاقه؛ لأن المطلق ينصرف إلى المتفاهم، فيصير كالتصريح بالوقف.

١٠٨٧٦ - وفي هذا الموضع أيضًا: إذا قال: اشتروا من غلة داري هذه كل شهر بعشرة دراهم خبزًا، وفرقوا على المساكين، صارت الدار وقفًا؛ لأن هذا اللفظ يؤدي معنى الوقف. فصار كما لو قال: وقفت داري هذه بعد موتي على المساكين.

١٠٨٧٧ - وفيه أيضًا: رجل قال في مرضه: جعلت نزل كرمي وقفًا، وكان فيه ثمرة، أو لم يكن، صار الكرم وقفًا، وهذا لأن النزل لا يصير وقفًا إلا بوقف الكرم، فصار قوله: وقفت نزل كرمي بمنزلة قوله: وقفت كرمي بما فيه من النزل، وكذلك لو قال: جعلت غلة كرمي وقفًا.

١٠٨٧٨ - وفي وقف هلال: إذا أوصى بأن يوقف ثلث أرضه بعد وفاته لله تعالى أبدًا، كان وصية بالوقف على الفقراء؛ لأن الوقف لله تعالى يكون وقفًا على المساكين، فالأمر بالوقف لله تعالى يكون أمرًا بالوقف على المساكين.

١٠٨٧٩ - وفيه أيضًا: إذا قال: أرضي هذه موقوفة على وجوه البر، أو على وجوه الخير، فهو وقف صحيح على المساكين؛ لأن البر عبارة عن الصدقة، قال الله تعالى: ﴿أَن تَبَرُّوهُمْ﴾[1] والخير والبر بمعنى واحد، فصار تقدير كلامه: أرضي هذه صدقة موقوفة. والله أعلم.

---

(١) سورة الممتحنة، الآية ٨

مرض الموت يقع لازمًا جائزًا على ما ذكر الطحاوي. قال شمس الأئمة السرخسي: الصحيح أن المنجز في مرض الموت عنده كالمباشر في الصحة، حتى لا يجوز في ظاهر الرواية من غير الوصية، أو الإضافة إلى ما بعد الموت، وحتى لا يلزم على ما ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى، وذكر شيخ الإسلام: أن الوقف المباشر في مرض الموت إذا لم يكن مضافًا إلى ما بعد الموت عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه روايتان، وجه الرواية التي قال: لا يجوز أنه لم توجد الإضافة إلى ما بعد الموت حقيقة فلا يجوز، كما لو وقف في حالة الصحة، لم يضف إلى ما بعد الموت، وجه الرواية الأخرى: أن تصرفات المريض كالمضافة إلى ما بعد الموت، ألا ترى أن تبرعاته تعتبر من الثلث، فوجدت الإضافة إلى ما بعد الموت اعتبارًا.

١٠٨٨٣- قال محمد رحمه الله تعالى: التسليم إلى المتولي شرط صحة الوقف، حتى إن على قوله: لو لم يسلم الوقف إلى المتولي، لا يزول عن ملكه، وله أن يرجع في ذلك، وإذا مات يورث عنه.

وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: التسليم إلى المتولي ليس بشرط، ويكتفي فيه بالإشهاد. وجه قول أبي يوسف أن الوقف تبرع، شرع لإبطال ملك الواقف عن العين، لا للتمليك، فيصح من غير قبض، قياسًا على الإعتاق، بيانه: أن التمليك من الله لا يتحقق من حيث مقصودًا، لأن ما في أيدينا ملك لله تعالى على الحقيقة ولنا فيه ملك التصرف، إنما انتفاء إبطال ملك التصرف لا التمليك من الله [1]، والتقريب ما مر، بخلاف الصدقة المتقدمة، حيث لا تصح بدون القبض؛ لأن ما يثبت لله تعالى من الحق في الصدقة، يثبت في ضمن التمليك من الفقراء؛ لأن التمليك منه مقصودًا ما يثبت لله تعالى في ضمنه، يثبت على سبيل التمليك، وإن كان التمليك منه لا يتحقق ضرورة أن ما يثبت في ضمن الشيء يكون حكمه حكم ذلك الشيء، فأما في الوقف ما ثبت لله تعالى من الحق يثبت مقصودًا لا في ضمن التمليك من العباد، فإن العين الموقوف لا يصير ملكًا للعباد، والتمليك من الله تعالى مقصودًا من العبد لا يتحقق.

ووجه قول محمد رحمه الله تعالى: قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تجوز الصدقة إلا مقبوضة محوزة»[2] من غير فصل، والمعنى فيه أن الوقف إزالة الملك بطريق التبرع، فتمامه

(١) ثبتت هذه العبارة من [illegible].

(٢) أخرجه محمد في كتاب الآثار (٧٤٩، ٧٥٠ و٧٥١)، والشافعي في الأم (٤/ ٦٣ و٣/ ٢٣٦، [illegible] (١١٦٤،١٦٤)

يكون بالتسليم، كما في الصدقة؛ وهذا لأنه لو تم قبل التسليم، فيلزمه التسليم، فيؤدي إلى أن يصير تبرعه سبباً للزوم ما لم يتبرع به.

١٠٨٨٣ وكذلك التأبيد شرط عند محمد رحمه الله تعالى، حتى لو وقف على جهة يتوهم انقطاعها، بأن وقف على أولاده، وأولاد أولاده، ولم يجعل آخره للفقراء، لا يصح الوقف عند محمد، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: التأبيد ليس بشرط، حتى إن في هذه المسألة يصح الوقف عنده. وإذا ماتوا، وانقرضوا، يعود إلى ملكه إن كان حياً، وإلى ملك ورثته إن كان ميتاً، والخلاف على هذا الوجه مذكور في شرح الطحاوي. وفي شرح شمس الأئمة السرخسي. وقد ذكر محمد رحمه الله تعالى في آخر كتاب الوقف: أن الوقف الموقت باطل، ولم يذكر فيه خلافاً، فيحمل ذلك على أنه قول محمد، وإن كان الوفاق، فهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله تعالى، فقد روى الحسن ابن أبي مالك عن أبي يوسف أن الوقف الموقت باطل.

وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: الاختلاف أن التأبيد شرط صحة الوقف، وإنما الخلاف في تلك المسألة في شيء آخر، أن عند أبي يوسف رحمه الله تعالى يثبت التأبيد بنفس الوقف من غير اقتران شيء آخر معه، وعند محمد لا يثبت التأبيد بنفس الوقف [ما لم يجعل آخره للمساكين، أو الفقراء، ولما كان من مذهب أبي يوسف أن التأبيد يثبت بنفس الوقف](1)، فإذا مات أولاده، وانقرضوا، حينئذ تصرف الغلة إلى الفقراء، وهذا القائل يقول: ما ذكر في شرح الطحاوي، وفي شرح شمس الأئمة السرخسي: أنه إذا مات أولاده، يعود إلى ملكه، خطأ.

١٠٨٨٤ - وفي "المنتقى": بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا وقف أرضه على ذي الحاجة من ولده، وولد ولده ما تناسلوا [بتلك](2) أبداً، فذلك جائز، ولو وقفها على فقراء ولده، ولم يجعلها لفقراء السبل منهم، لم يجز.

١٠٨٨٥ - قال: ليس يجوز من الوقف إلا الوقف المؤبد، فإذا كان لقوم خاص، لا يجوز الوقف عليهم؛ لأنه ينقطع، فهذا تنصيص من أبي يوسف: أن التأبيد شرط.

وفيه أيضاً: عنه لو وقف على فقراء ولده، وأهل بيته، ونسلهم ما تناسلوا، فهو جائز، فإن انقرضوا، ولم يكن استثنى أنه لفقراء المسلمين، فإنه يرد على فقراء المسلمين، قال: من

(١) أثبتت هذه العبارة من جميع النسخ التي عندنا.

(٢) هكذا في "ف".

بعضها، ثم أراد القسمة، فالوجه في ذلك أن يبيع ما بقي، ثم يقتسمان؛ لأن القسمة إنما تجري بين شيئين، وإن لم يبع، ورفع إلى القاضي ليأمر بينهما بالقسمة، فإن قضى القاضي رجلا بالقسمة معه جاز؛ لأن هذه القسمة جرت بين اثنين، وإذا قضى القاضي بجواز وقف المشاع، نفذ قضاؤه، ويصير متفقًا عليه، كما في سائر المختلفات، فإن طلب بعضهم القسمة، قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: لا يقسم ويتهايئون، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: يقسم، وأجمعوا أن الكل لو كان موقوفًا على الأرباب، فأرادوا القسمة لا يقسم، في واقعات الناطفي، وفي فتاوى أبي الليث أيضًا.

١٠٨٩١- وصورة ما ذكر في فتاوى أبي الليث: رجل وقف ضيعة على بنيه، وأراد أحدهم قسمتها ليدفع نصيبه مزارعة، قال: قسمة الوقف لا يجوز من أحد، وليس لأرباب الوقف أن يعقدوا على الوقف عقد مزارعة، وإنما ذلك إلى القيم.

١٠٨٩٢- وإذا كانت الأرض بين رجلين، فتصدقا بها صدقة موقوفة على الفقراء، ودفعاها إلى من يقوم بها، كان ذلك جائزًا؛ لأن مثله في الصدقة النافذة يجوز، ففي الموقوفة أولى.

١٠٨٩٣- وإن تصدق كل واحد منهما بنصيبها مشاعًا على حدة صدقة موقوفة، وسلم كل واحد منهما نصفها إلى والٍ على حدة، لم يجز، وإن تصدق كل واحد منهما بنصفه على حدة صدقة موقوفة، وجعل الوالي على ذلك رجلا واحدًا، أو سلماه إليه جميعًا، جاز.

١٠٨٩٤- ولو تصدق الواحد بجميع الدار على واحد، [وسلم] النصف مشاعًا، ثم سلم الباقي، جاز.

وإنما جاز الفرق؛ لأن العبرة في صحة الهبة وفسادها في الشيوع لتمكن الشيوع وعدمه في القبض وقت ثبوت الحكم، لا في العقد، كما في الصدقة النافذة، وفي المسألة الأخيرة لم يتمكن الشيوع وعدمه في القبض وقت ثبوت الحكم؛ لأن الحكم إنما يثبت بقبض جميع المعقود عليه، ولم يثبت بقبض بعض المعقود عليه؛ لأن العقد على الكل كان واحدًا، فكان تمكن الشيوع في القبض، ولم يكن [الحال حال][1] ثبوت الحكم ليتمكن الشيوع حالة العقد، وذلك غير مانع، وفي المسألة المتقدمة تمكن الشيوع في القبض وقت ثبوت الحكم؛ لأن نصيب كل واحد منهما جميع المعقود عليه؛ لأنه تفرق العقد بينهما.

١٠٨٩٥- وإذا كانت الأرض بين رجلين، تصدقا بها على الفقراء صدقة واحدة،

---

(١) هكذا في م، [illegible] في الأصل: [illegible] ولم يكن إلا ثبوت الحكم.

وجعل كل واحد منهما والياً، فهذا على وجهين: إن جعل كل واحد منهما والياً ليقبض نصيبه ونصيب صاحبه بأن قال كل واحد منهما لواليه: وليتك قبض هذه الأرض، يجوز، وإن جعل كل واحد منهما والياً ليقبض نصيبه لا غير لا يجوز؛ لأن في الوجه الأول لم يتمكن الشيوع في القبض حال ثبوت الحكم.

١٠٨٩٦- وذكر الخصاف في وقفه تفريعاً على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: فقال: أرض بين رجلين، وقف أحدهما حصته منها، وهو النصف، فله أن يقاسم شريكه، فيفرز حصة الوقف؛ لأن ولاية الوقف إليه، وإن كان الواقف قد مات. فلوصيه أن يقاسم الشريك، ويفرز حصة الوقف.

١٠٨٩٧- ولو أن رجلين كانت بينهما أرض، فوقف كل واحد منهما حصته على قوم معلومين، فهو جائز، ولهما أن يقسما هذه الأرض، فيفرز كل واحد منهما حصته التي وقفها، وإن كانا وقفاها جميعاً على وجوه سمياها، ثم أرادا قسمتها، فلهما ذلك، ويفرز كل واحد منهما ما وقف، ويكون في يده ما يتولاها، ولو أن رجلاً وقف جميع أرضه، ثم استحق نصفها شائعاً وقضى القاضي للمستحق بالنصف، وبقي النصف الباقي وقفاً على حاله عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، كان للواقف أن يقاسم المستحق، فيفرز [حصة] الوقف

١٠٨٩٨- ولو وقف من داره أو أرضه ألف ذراع؛ جاز عند أبي يوسف؛ لأنه يجيز ذلك في البيع، ففي الوقف أولى، ثم يذرع الأرض والدار، فإن كانت ألف ذراع، أو أقل، كان كلها وقفاً، وإن كانت ألفي ذراع، كان الوقف منها النصف، وإن كانت ألفاً وخمسمائة، كان الوقف منها الثلثان، وإن كان في بعضها نخيل و[في] بعضها لا نخيل فيها، يكون للواقف حصة من النخيل.

١٠٨٩٩- رجلان بينهما أرض ودور، وقف أحدهما نصيبه من الأرضين والدور، ثم أراد الواقف أن يقاسم شريكه، فله ذلك، ويقسم كل أرض وكل دار على حدة، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إن كان الأصلح للوقف أن يجمع من ذلك جمع إذا كانت الأرض من أراضي قرية واحدة، وليس للواقف أن يأخذ دراهم من الشريك بفضل ما يصير إليه في القسمة؛ لأنه بيع، وإن أعطى الواقف شريكه دراهم بفضل ما صار في يده، جاز، ويكون حصة ما دفع من الدراهم مطلقاً له.

١٠٩٠٠- في فتاوى الفضلي: امرأة وقفت منزلاً في مرضها على بناتها، ثم بعدهن على أولادهن وأولاد أولادهن أبداً ما تناسلوا، فإذا انقرضوا فللفقراء، ثم ماتت من مرضها،

وخلفت من الورثة ابنتين وأختًا، والأخت لا ترضى بما صنعت، ولا مال لها سوى المنزل، جاز الوقف في الثلث، ولم يجز في الثلثين، فيقسم الثلثان بين الورثة على قدر سهامهم، ويوقف الثلث، فما خرج من غلته قسم بين الورثة كلهم على قدر سهامهم ما عاشت الابنتان، فإذا ماتتا، صرفت الغلة إلى أولادهما، وأولاد أولادهما كما شرطت الواقفة، لا حق للورثة في ذلك؛ لأن ذلك الوقف وصية بالغلة بين الابنتين وأولادهما ما تناسلوا، فإذا لم تجز الأخت، بطلت الوصية للابنتين، وجازت لأولادهما؛ لأن بطلان هذه الوصية من حيث إنها للوارث، إلا أن الوصية لأولادهما وأولاد أولادهما بعد موتهما.

قال الصدر الشهيد في "واقعاته": وهذا التفريع يتأتى على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: إن وقف المشاع جائز، أما لا يتأتى على قول محمد، وعندي أن هذا التفريع على قول الكل؛ لأن حق الورثة إنما يثبت بعد الموت، فإبطالهم في القدر الذي أبطلوا يقتصر على هذه الحالة، ولا يتعين أن ابتداء الوقف في الجزء الشائع، بل يكون هذا شيوعًا طارئًا، وسيأتي بيان ذلك في كتاب الهبة -إن شاء الله تعالى-.

١٠٩٠١ - في "فتاوى أبي الليث": رجل وقف دارًا له في مرضه على ثلاث بنات له، وليس له وارث غيرهن، قال: الثلث من الدار وقف، والثلثان مطلق لهن، يصنعن بها ما شئن، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: هذا إذا لم يجزن الوقف، فأما إذا أجزن، صار الكل وقفًا عليهن.

قال الصدر الشهيد في "واقعاته": هذا التفريع إنما يتأتى على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، بناء على أن وقف المشاع عنده صحيح، وعندي أن هذا التفريع على قول الكل، على ما بينا -والله أعلم-.

الفصل الثالث
في بيان ما يجوز من الأوقاف وما لا يجوز

١٠٩٠٢ – قال هلال في "وقفه": وقف أرض الحوز لا يجوز. وتفسير أرض الحوز: الأرض التي صارت لبيت المال، بأن لا يقدر صاحبها على زراعتها، وأداء خراجها، فدفعها إلى الإمام لتكون منفعتها جبراً للخراج. وإذا عرفت تفسير الحوز، فنقول: إن كان الإمام وقف هذه الأرض لا يجوز؛ لأنه لا يملكها، وإن وقفها صاحب الحوز، وهو المالك، يجوز؛ لأن الحوز لا يوجب زوال الملك، ألا ترى أنه متى قدر على زراعتها، وطلب من الإمام أن يردها عليه، ردها عليه.

١٠٩٠٣ – ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى في أول شرح كتاب الوقف: أن الوقف على أقرباء الرسول ﷺ جائز، وإن كانت الصدقة لا تحل لهم.

وفي "المنتقى" عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه يجوز صرف صدقات الوقف إلى هاشمي إذا سمي في الوقف، وهو دليل جواز الوقف.

وفي "الجامع الأصغر": أن الوقف على أهل بيت رسول الله ﷺ لا يجوز، كالصدقة، قال ثمة: وفي الصدقات الفريضة والتطوع سواء. وفي "شرح القدوري": أن الصدقة الواجبة كالزكاة والعشور والنذور والكفارات لا تجوز، فأما الصدقة على وجه الصلة والتطوع[1]، فلا بأس به، فصار في الوقف روايتان، وفي صدقة التطوع روايتان أيضاً.

[ولو قال: مالي لأهل بيت النبي عليه الصلاة والسلام، وهم يحصون يجوز، وينصرف إلى أولاد فاطمة رضي الله عنها][2].

١٠٩٠٤ – في "فتاوى أبي الليث": إذا وقف داره على فقراء مكة، أو على فقراء قريته، إن كان الوقف في حياته وصحته، والفقراء [يحصون] لا يجوز هذا الوقف؛ لأن الوقف لا يجوز إلا مؤبداً، وهذا لم يقع مؤبداً، لجواز أنهم يموتون، فينقطع الوقف، وإن كان الفقراء لا يحصون، جاز الوقف؛ لأنه وقف مؤبداً. وإذا كان الوقف بعد موته، يجوز، سواء كانوا يحصون أو لا يحصون، أما إذا كانوا لا يحصون؛ لأنه وقع مؤبداً، وأما إذا كانوا يحصون؛

(١) هكذا في ف و م و ظ.

(٢) أثبت هذه العبارة من جميع النسخ التي في أ ب.

فلأنه إن تعذر تجويزه وقفًا أمكن تجويزه وصية ، والوصية لقوم يحصون تجوز ، حتى إذا انقرضوا صار ميراثًا عنهم.

١٠٩٠٥ - قال الصدر الشهيد في « واقعاته » : يبني على هذه المسألة مسألة أخرى : رجل قال : وقفت ضيعتي هذه على فقراء قرابتي ، أو على فقراء قريتي ، وجعل آخره للمسلمين ، حتى جاز ، سواء كانوا يحصون أولا يحصون ، فأراد القيم أن يفضل بعضهم على البعض ، فالمسألة على ثلاثة أوجه . إما إن كان فقراء قرابته وقريته لا يحصون [أو يحصون ، أو أحد الفريقين يحصون ، والفريق الآخر لا يحصون][1] . ففي الوجه الأول للقيم أن يجعل نصف الغلة لفقراء القرابة ، ونصفها لفقراء القرية ، ثم يعطي من كل فريق من شاء منهم ، ويفضل البعض على البعض كما شاء ؛ لأن قصده الصدقة ، وفي الصدقة الحكم كذلك .

وفي الوجه الثاني : تصرف الغلة إلى الفريقين بعددهم ، ليس له أن يفضل البعض على البعض ؛ لأن قصده الوصية ، وفي الوصية الحكم كذلك .

وفي الوجه الثالث : يجعل الغلة بين الفريقين أولا ، فيصرف إلى الذين يحصون بعددهم ، وإلى الذين لا يحصون سهم واحد ؛ لأن الذين يحصون لهم وصية ، والذين لا يحصون لهم صدقة ، والصدقة تقع للصدقة واحدة ، ثم يعطي هذا السهم من الذين لا يحصون من شاء ، ويفضل البعض على البعض في هذا السهم كما شاء .

وهذا التفريع يتأتى على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ؛ لأن الفقراء عندهما اسم جنس . أما لا يتأتى على قول محمد ؛ لأن الفقراء عنده اسم جمع ، أصل هذا الاختلاف كتاب الوصايا .

١٠٩٠٦ - ذكر الخصاف في باب الوقف الذي لا يجوز ، إذا قال : أرضي صدقة موقوفة أبدًا لله تعالى على الناس ، فالوقف باطل ، والأرض على ملك الواقف ، وكذلك إن قال : على بني آدم ، أو قال : على أهل بغداد ، فإذا انقرضوا فهو على المساكين ، فالوقف باطل ؛ لأن أهل بغداد [لا] ينقرضون ، وكذلك لو قال : على الزمنى ، والعميان ، فالوقف باطل . وذكر الخصاف مسألة العميان ، والزمنى في موضع آخر ، وقال : الغلة تكون للمساكين ، ولا تكون للعميان والزمنى ، وقال : لأنه قال : صدقة موقوفة لله تعالى أبدًا ، وكذلك لو وقف على قراء القرآن ، أو على الفقهاء ، فهو باطل ؛ لأن فيهم الفقير والغني ، ولا يحصون . وعن وقف هلال أن الوقف على الزمنى والمنقطع صحيح ؛ لأنهم يتأبدون ، ويكون للفقراء منهم ، دون

(١) ما بين المعقوفين ساقط من جميع النسخ إلا من عند

الأغنياء.

١٠٩٠٧ - قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: الوقف على معلم المسجد يعلم الصبيان فيه لا يجوز؛ لأنه مجهول؛ ولا يشترط فقره، يعني لا يشترط الفقر في الوقف، وبعض مشايخنا قالوا: يجوز؛ لأن عامتهم الفقراء، والفقر فيهم الغالب، فصار بحكم الغلبة الفقر كالمشروط. قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى: كان القاضي الإمام يقول: وعلى هذا القياس إذا وقف على طلبة علم كورة كذا، أو محلة كذا، يجوز، ولم يشترط فقرهم؛ لأن عامتهم الفقراء، والفقر فيهم غالب، فصار الفقر كالمشروط.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرح كتاب الوقف. الحاصل في جنس هذه المسائل: إنه متى ذكر مصرفا فيه تنصيص على الفقر أو الحاجة، فالوقف صحيح، سواء كانوا يحصون أو لا يحصون.

[قوله: سواء كانوا يحصون أو لا يحصون][1] يشير إلى أن التأبيد ليس بشرط. وقد ذكرنا قبل هذا بخلافه، ومتى ذكر مصرفا يستوي فيه الغني والفقير، يعني ذكر اسما يتناول الغني والفقير، فإن كانوا يحصون، فذلك صحيح باعتبار أعيانهم، يريد به أنه يصح بطريق التمليك منهم، وإن كانوا لا يحصون، فهو باطل؛ لأنه لا يمكن تصحيحه وقفا؛ لأنه لا يكون قصده الصدقة إذا كان يستوي فيه الغني والفقير، ولو صح صح بطريق التمليك وهم مجهولون، والتمليك من المجهول باطل، قال: إلا أن يكون في لفظه ما يدل على الحاجة فيما بين الناس، لا باعتبار حقيقة اللفظ، كاليتامى، فحينئذ إن كانوا يحصون فالأغنياء والفقراء فيهم سواء، وإن كانوا لا يحصون، فالوقف صحيح، ويصرف إلى فقرائهم دون أغنيائهم؛ لأن الاستعمال بمنزلة الحقيقة في جواز تصحيح الكلام باعتباره.

١٠٩٠٨ - قال الخصاف في وقفه: إذا قال: أرضي هذه موقوفة على اليتامى، فهو وقف على فقراء اليتامى، وكذلك إذا قال: على الزمنى.

١٠٩٠٩ - ولو قال: على يتامى بني فلان، وهم يحصون، فهذا باطل، يعني لا يكون وقفا، أما لا يكون تمليكا منهم، وإن كانوا لا يحصون، فهو جائز، وهي للفقراء منهم دون الأغنياء، وهذا بناء على ما ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى.

١٠٩١٠ - في وقف الهلال: إذا قال: أرضي هذه موقوفة على الجهاد، أو على الغزو، أو في أكفان الموتى، أو في حفر القبور، أو غير ذلك مما يشبهها، فذلك جائز؛ لأن هذه

---

(١) أثبتت هذه العبارة من جميع النسخ التي عندنا

الوجوه مما تتأبد، فصار الوقف على هذه الوجوه بمنزلة الوقف على المساكين.

وفي وصايا "المنتقى": ابن سماعة قال: سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى يقول: إذا أوصى بثلثه في أكفان موتى المسلمين، أو في حفر مقابر المسلمين، فهذا باطل، ولو أوصى بثلثه في أكفان فقراء المسلمين، يجوز، وكذلك في حفر مقابرهم. وذكر ثمة أصلاً، فقال: الوصية إذا وقعت للفقراء، لا يشترط العينية، بخلاف ما إذا وقعت[1] مطلقة.

١٠٩٦١ - وفي "وقف هلال": إذا وقف على ابن السبيل صح؛ لأنهم لا ينقطعون، ويكون لفقراء ابن السبيل دون أغنيائهم، كما في اليتامى.

١٠٩٦٢ - قال الخصاف: إذا قال: جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة لله تعالى، أو على زيد، أو على قرابتي، فالوقف باطل؛ لأنه حبس ذلك على شيء. وكذلك لو قال: جعلتها صدقة موقوفة لله تعالى أبدًا على زيد أو عمرو، ومن بعد ذلك على المساكين، فهو أيضًا باطل، ولو قال: جعلت أرضي صدقة موقوفة لله تعالى أبدًا على فلان حال حياته، أن الوقف جائز، وتكون الغلة لفلان ما دام حيًا، فإذا توفي كانت [الغلة] للمساكين؛ لأنه قال: أبدًا. وكذلك إذا قال: على فلان، ولم يقل: في حياته، ولو قال: موقوفة على فلان بعد موتي سنة، فإنه يكون على ما قال سنة، ثم يرجع إلى الورثة؛ لأن هذه وصية.

١٠٩٦٣ - إذا قال: جعلت أرض فلان صدقة موقوفة على الفقراء، فبلغ ذلك صاحب الأرض، فأجازه، فإنه يكون وقفًا من قبل مالكها، وإليه ولايتها.

١٠٩٦٤ - سئل الفقيه أبو بكر رحمه الله تعالى أيضًا عمن وقف أرضًا على مصاحف موقوفة أن يصلح ما يندرس منه، قال: الوقف باطل؛ لأن هذا ليس من أوقاف الناس.

١٠٩٦٥ - في "وقف هلال": رجل اشترى أرضًا بيعًا جائزًا، ووقفها قبل القبض، ونقد الثمن، فالأمر موقوف؛ فإن أدى الثمن وقبضها، فالوقف جائز، وإن مات، ولم يترك مالا، تباع الأرض، ويبطل الوقف، قال الفقيه أبو الليث: وبه نأخذ. وهذه ثلاثة فصول: البيع والعتق والوقف. فالعتق قبل القبض ينفذ بلا توقف ويكون قبضًا، والبيع لا يصح قبل القبض عند محمد بلا توقف، والوقف يتوقف بلا خلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى.

وكان الفقيه أبو نصر محمد بن محمد بن سلام يقول: ينبغي أن يبطل الوقف [ولا يتوقف][2] كالبيع، ولكن فرق بينهما هلال، ووجه الفرق أن الوقف يشبه العتق من حيث إنه لا

(١) كذا في ظ، وكان في النسخ جميعًا: وقف.

(٢) كذا في ظ، وكان في الأصل: لا يبطل، وهو خطأ.

يبطل بالشروط الفاسدة، ويشبه البيع من وجه، وهو أنه يحتمل النقض بعد وقوعه، فتشبيهه بالعتق لا يبطل، ولشبهه بالبيع لا ينعقد، فقلنا بالتوقف، وهذا التخريج على قول من لم يشترط القبض لصحة الوقف ظاهر، وعلى قول من شرط القبض وهو محمد كان الوقف كالهبة، ومن وهب المشترى قبل القبض، وسلط الموهوب له على القبض، صح، كذا الوقف.

نوع من ذلك في تعليق الوقف بالشرط:

١٠٩٦٦- ذكر في فتاوى أبي الليث: أنه إذا قال الرجل: إن مت من مرضي هذا فقد وقفت أرضي هذه، لا يصح برئ أو مات، فرق بين هذا وبين ما إذا قال: إن مت من مرضي هذا اجعلوا أرضي هذه وقفاً، والفرق أن في الفصل الأول علق الوقف بالشرط، وتعليق الوقف بالشرط باطل، وفي الفصل الثاني علق التوكيل بالشرط [وتعليق التوكيل بالشرط](١) صحيح، وعلى هذا إذا قال: إن دخلت هذه الدار، فقد جعلت أرضي هذه وقفاً، لا يصح، ولو قال: إن دخلت فاجعلوا أرضي هذه وقفاً، يصح الأمر.

١٠٩٦٧- ذكر الخصاف في وقفه: إن كان غداً فأرضي هذه صدقة موقوفة، فهو باطل، قال: لأنه لم يجعلها وقفاً للساعة، ولو قال: إذا قدم فلان، أو إذا كلمت فلاناً فأرضي هذه صدقة، فإن هذا يلزمه، وهو بمنزلة اليمين والنذر، فإنه إذا وجد الشرط، وجب عليه أن يتصدق بالأرض، ويكون وقفاً.

١٠٩٦٨- ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة إن شاء فلان، وقال فلان: قد شئت، فهو باطل.

١٠٩٦٩- في فتاوى أبي الليث: رجل ذهب له شيء، فقال: إن وجدته، فلله علي أن أقف أرضي على أبناء السبيل، فوجدها، يجب عليه أن يوقف؛ لأن هذا نذر، والوفاء بالنذر واجب، فإن وقف، فهذا على ثلاثة أوجه: إما إن وقف على الأجانب، أو على القرابة التي يجوز إعطاء الزكاة إليهم، أو على القرابة التي [لا](٢) يجوز إعطاء الزكاة إليهم، ففي الوجه الأول والثاني جاز، وفي الوجه الثالث لا(٣)؛ لأن صرف الصدقة الواجبة إلى من لا يجوز

(١) زيد من ب و م، وعدمه يمكن وقوعه.
(٢) كذا في ظ، وكان في الأصل: لا يبطل، وهو خطأ
(٣) كذا في ظ، وكان في الأصل: لا يبطل، وهو خطأ

بغلته الزكاة إليه لا يجوز، فلو رفعه على الفرقة التي لا يجوز دفع الزكاة إليهم، فالوقف صحيح، وأما الشرط باطل؛ لأنه لم يوجد المذكور.

نوع من ذلك في وقف المنقول:

١٠٩٢٠ - يجب أن يعلم أن وقف المنقول تبعاً للعقار جائز، بأن يقف ضيعة بأرضها وبقرها والعبيد والعبيد الذين يعملون فيها، ويصير وقفاً تبعاً للعقار. وأما وقفه مقصوداً إن كان كراعاً أو سلاحاً، يجوز، ويعني بالسلاح جنس السلاح، ويعني بالكراع جنس الخيل والإبل، وإن كان سوى ذلك، إن كان شيئاً لم يجر التعارف بوقفه، كالثياب والحيوان، لا يجوز عندنا، وإن كان متعارفاً، كالفأس والقدوم، وثياب الجنازة، وما يحتاج إليه من الأواني والقدور في غسل الموتى، أو المصحف بقراءة القرآن، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لا يجوز، وقال محمد: يجوز، وإليه ذهب عامة المشايخ، منهم شمس الأئمة السرخسي، وذكر في شرح كتاب الوقف، فقال: ما تعارفه الناس، وليس في عينه نص يبطله، فهو جائز، كما في الاستصناع، وغير ذلك.

١٠٩٢١ - قال شمس الأئمة الحلواني: إذا وقف أواني على الموتى، أو ثياباً بالتجهيز الموتى، يجوز، وإذا وقف غطاء يغطى الميت أو غير ذلك، قال شمس الأئمة[1]: إذا حمل على الجنازة لا يجوز؛ لأنه لا حاجة للميت إلى ذلك.

١٠٩٢٢ - وروي الفقيه أبو جعفر الهندواني: إذا جعل ظهر دابته، أو غلة عبده في المساكين، لا يصح في قول علمائنا رحمهم الله تعالى، أما على قول أبي يوسف[2]؛ فلأنه لا يرى الوقف في المنقول إلا في الكراع.

سئل أبو نصر رحمه الله تعالى عن وقف الكتب، قال: كان محمد بن مسلمة[3] لا يجيز، ونصير كان يجيزه، وقد وقف كتبه، وكان الفقيه أبو جعفر يجيز ذلك، وبه نأخذ.

١٠٩٢٣ - وسئل عمن وقف بقرة على رباط على أن ما يخرج من لبنها وسمنها يعطى أبناء السبيل، قال: إن كان في موضع يغلب ذلك في أوقافهم، رجوت أن يكون جائزاً، ومن

---

(١) سقطت هذه العبارة من ب.

(٢) وفي ب: أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف.

(٣) وفي ب: محمد بن سلمة.

المشايخ من قال بالجواز مطلقًا، قالوا: لأنه جرى التعارف[1] في ديار المسلمين بذلك.

وفي "الواقعات": ذكر هلال البصري في وقفه وقف البناء من غير وقف الأصل لم يجز، وهو الصحيح، وكذلك وقف الكردار بدون وقف الأصل لا يجوز، هو المختار؛ لأن الكردار والبناء منقول، ووقفهما غير متعارف.

١٠٩٢٤ - وإذا كان أصل البقعة موقوفة على جهة قربة، فبنى عليها بناء ووقف بناءه على جهة القربة أخرى، اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، قال بعضهم: لا يجوز؛ لأن جهة القربة إذا اختلفت، لا يصير البناء تبعًا للبقعة، فأشبه ما إذا كانت البقعة ملكًا، والبناء وقفًا. وقال بعضهم: يجوز؛ لأن جهات القربة وإن اختلفت، فأصل القربة يجمعها، واختلاف الجهة لا يوجب اختلاف الحكم بعد إثبات أصل القربة، [هذا] كما قلنا في سبعة نفر نحروا بقرة أو بدنة، ونوى بعضهم الأضحية، وبعضهم: هدي المتعة أو القران، وبعضهم: جزاء الصيد، وبعضهم: التطوع، جاز لوجود أصل القربات، ولكنه لو نوى بعضهم اللحم لا يجوز، كذا هنا.

١٠٩٢٥ - وأما إذا وقف البناء على جهة واحدة، فأما إذا غرس شجرة، ووقفها إن غرسها في أرض غير موقوفة، فلا يخلو إن وقفها بموضعها من الأرض صح تبعًا للأرض بحكم الاتصال، وإن وقفها دون أصلها، لم يصح، وإن كانت موقوفة، فوقفها على هذه الجهة، جاز، وإن وقفها على جهة أخرى، فعلى الاختلاف الذي مر، وهذا لأن الشجرة نظير البناء من حيث إن قيامها بالأرض، وهي تبع للأرض بحكم الاتصال كالبناء.

١٠٩٢٦ - ذكر الخصاف في وقفه: إذا وقف أرضًا، ومعها رقيق يعملون فيها، ينبغي أن يسمي الرقيق في الوقف، ويبين عددهم، وكذلك إذا كان في ذلك بقر ينبغي أن يسمي البقر، ويبين عددهم، وينبغي أن يشترط في الصدقة أن نفقة الرقيق والبقر من غلة الأرض، وإن لم يشترط نفقتهم من غلة الأرض، فإن ضعف بعض الرقيق عن العمل، فإن له أن يبيعه ويشتري بثمنه غلامًا مكانه، فإن لم يجد بثمنه غلامًا مكانه، فأراد أن يزيد في ذلك من غلة الأرض، فلا بأس بذلك؛ لأن ذلك عمارة الأرض، وكذلك الحكم في الدواب، وآلات الزراعة إذا وقف مع الأرض، ولولاة الصدقة أن يعملوا ذلك.

١٠٩٢٧ - وفي وقف الأنصاري وكان من أصحاب زفر: إذا وقف الدراهم أو الطعام، أو ما يكال أو يوزن، أنه يجوز، ويدفع الدراهم مضاربة، ويتصدق بفضلها في الوجه الذي

(١) هكذا في ب و ظ، وكان في الأصل: العرف مكان التعارف.

وقف عليه، وما يكال أو يوزن يباع، ويدفع ثمنه مضاربة. فعلى هذا القياس إذا قال: هذا الكُرّ من الحنطة وقف على شرط أن يقرض الفقراء الذين لا بذر لهم أن يزرعوها لأنفسهم، ثم يؤخذ منهم بعد الإدراك قدر القرض، ثم يقرض لغيرهم من الفقراء أبداً على هذا السبيل، فهذا جائز، ومثل هذا كثير في الجبال التي في ناحية نهاوند.

١٠٩٢٨ - وفيه أيضاً: أن وقف الأكسية جائز، ويدفع الأكسية إلى الفقراء، فينتفعون بها في أوقات لبسها في الشتاء، ثم يردونها إلى القيم.

١٠٩٢٩ - وسئل أبو نصر عمن وقف داراً، وفيها حمامات يطرن ويرجعن قال: يدخل في الوقف الحمامات الأهلية، في فتاوى أبي الليث.

وفيه أيضاً: لو وقف برج حمام أرجو أن يكون جائزاً؛ لأن الحمامات وإن كانت منفرلة إلا أنها تصير وقفاً تبعاً للبيت، كما لو وقف ضيعة بما فيها من الثيران والعبيد، وكذلك لو وقف بيتاً فيه كورات العسل، يجوز، ويصير النحل وقفاً تبعاً للبيت والعسل، ويجب أن يكون تأويل هذه المسألة أن يوقف البيت والبرج بما فيه من النحل والحمام، كما في وقف الأرض من العبيد والثيران.

١٠٩٣٠ - إن وقف كراسه على مسجد المقفرة، أو على [أهل][1] المسجد، فالوقف على المسجد جائز، والوقف على أهل المسجد إن كانوا يحصون يجوز أيضاً.

١٠٩٣١ - وفي الوقف للحسن بن زياد: إذا اشترى مصاحف، وجعلها في المسجد الحرام، أو في غيره من المساجد وقفاً مؤبداً لأهل ذلك المسجد، ولجيرانه، ولمارة الطريق، وابن السبيل، يقرأون فيها، فهو جائز في قول أبي يوسف.

نوع منه فيما يدخل في الوقف من غير ذكر:

١٠٩٣٢ - ذكر الخصاف في وقفه: إذا وقف الرجل أرضاً في صحته على وجوه سماها، ومن بعدها على الفقراء، فإنه يدخل في الوقف البناء والنخيل والأشجار، وذكر القاضي الإمام شمس الأئمة محمود الأوزجندي في [شرح][2] كتاب الوقف لهلال: أن الشجر الذي لا ثمر له، ولا غلة، ففي دخوله في وقف الأرض روايتان، وأما الثمر هل يدخل في وقف الأشجار؟ ذكر شمس الأئمة الحلواني في شرح كتاب الرهن: ذكر هلال عن محمد رحمه

---

(١) أثبتت هذه الكلمة من ب.

(٢) هكذا في ب.

الله تعالى أنه يدخل، وعلل، فقال: لا صحة للعقد إلا بعد دخوله، فيدخل ضرورة، كما دخل في الرهن، قال رحمه الله تعالى: وأكثر مشايخنا على أنه لا يدخل، وهكذا ذكر الخصاف.

١٠٩٣٣- وإن وقف الأرض واستثنى الأشجار التي فيها لا يجوز الوقف؛ لأنه صار مستثنى الأشجار بمواضعها، فيصير الداخل تحت الأرض مجهولاً.

١٠٩٣٤- وأما الزرع هل يدخل في وقف الأرض؟ حكي عن الفقيه أبي بكر رحمه الله تعالى: إن لم يكن للزرع قيمة يوم الوقف دخل، وإن كان له قيمة لا يدخل ما لم يذكر، وذكر هلال أنه لا يدخل من غير فصل، وهكذا ذكر الخصاف، قال الفقيه أبو الليث: وبه نأخذ.

١٠٩٣٥- قال الخصاف. ولو كان فيها بقلاً، أو رياحين، لا يدخل في الوقف، ولو كان فيها قصب، أو غيضة، أو خلاف، فما كان يقطع في كل سنة، لا يدخل في الوقف، وما كان يقطع في كل سنتين، أو ثلاث يدخل.

١٠٩٣٦- والشرب لا يدخل إلا إذا ذكره، أو ذكر الأرض بحقوقها، أو بكل قليل، أو كثير هو لها. وأما الرطاب: فما كان [من رطبه، فقد طلعت فهي للواقف، وما كان من أصول ذلك][١] فهو داخل في الوقف، وكذلك الباذنجان، والقطن، إلا أن يكون شجر القطن يجذ كل سنة، فإن كان كذلك لا يدخل. وبصل الصبر والزعفران يدخل في الوقف، وقصب السكر لا يدخل؛ لأنه يقطع في كل سنة، فهو كالزرع، وشجر الورد والياسمين يدخل في وقف الأرض، والرحا في الضيعة يدخل في وقف تلك الضيعة، ورحا الماء، ورحا اليد في ذلك على السواء، وكذلك الدواليب تدخل، والدالية لا تدخل.

١٠٩٣٧- وفي وقف الدار إذا لم يذكر الدار بحقوقها، ولا بكل قليل وكثير هو لها فيها ومنها من حقوقها يدخل ما كان يدخل في بيع الدار.

١٠٩٣٨- وفي وقف الحمام يدخل قدور الحمام، وفي وقف الحوانيت يدخل ما كان يدخل في بيعها، وخوابي الدباسين، وقدور الدباغين لا يدخل في الوقف، سواء كان في البناء أو لم يكن -والله أعلم-.

نوع منه في الأوقاف المضافة:

سئل الخصاف عمن قال: جعلت ضيعتي وحدودها صدقة موقوفة لله تعالى أبداً بعد

---

(١) هكذا في أ. م. ظ.

سنة من هذا الوقف على المساكين، هل تكون الضيعة بعد مضي السنة وقفًا؟ قال: لا أحفظ عن أصحابنا رحمهم الله تعالى في هذا شيئًا، وعندي أنه لاتكون هذه الضيعة وقفًا.

١٠٩٣٩- وإذا أوصى رجل بغلة بستانه لرجل عشر سنين، فمات، فجعل ابنه هذا البستان وقفًا صحيحًا بعد مضي هذه [العشر السنين، فهو جائز، وهو وقف، وكذلك إن قال الموصي: قد جعلت هذا البستان وقفًا بعد مضي هذه السنين] [1]، وهو يخرج من ثلثه، فهو جائز.

١٠٩٤٠- ولو أن رجلا أجر ضيعة له سنين، ثم إنه جعلها بعد ذلك صدقة موقوفة لله تعالى أبدًا على سبيل سماها، ثم بعد ذلك على المساكين، قال: ليس لصاحب الأرض أن يطيب ما عقد عليه من الإجارة، وكانت الضيعة وقفًا على ما جعلها عليه من الوقف الذي وقفها.

١٠٩٤١- ولو أن رجلا رهن ضيعة له من رجل، ثم أنه وقفها وقفًا صحيحًا، وإذا افتكها الراهن، فالوقف جائز نافذ، وإن لم يفتكها حتى مضت سنة، أو سنتان لايبطل الوقف حتى لو افتكها بعد ذلك، فإن مات صاحب الضيعة في فصل الإجارة والرهن قبل الافتكاك، ففي فصل الرهن إن كان له مال غير الضيعة، أدى الدين من ماله، وكانت الضيعة وقفًا، وإن لم يكن له مال غير هذه الضيعة، بيعت الضيعة في الدين، ويبطل الوقف.

١٠٩٤٢- وأما في فصل الإجارة: الإجارة تنتقض بموت الآجر أو المستأجر، وكانت الضيعة وقفًا، فإذا اشترى ضيعة على أن البائع بالخيار، فوقفها، ثم أجاز البائع البيع، لم يجز الوقف -والله أعلم-.

نوع آخر منه في بيان ما لا يجوز من الأوقاف لمعنى في الواقف:

١٠٩٤٣- رجل حجر عليه القاضي لسفهه، أو لدين عليه، فوقف أرضًا، لم يجز؛ لأنه إنما حجر عليه القاضي لئلا يبذر ماله، ولا يخرجه من ملكه.

١٠٩٤٤- وفي "الفتاوى": صبي محجور عليه وقف أرضًا له، قال الفقيه أبو بكر: وقفه باطل إلا بإذن القاضي، وقال الفقيه أبو القاسم: وقفه باطل، وإن أذن له القاضي؛ لأنه تبرع، فصار كالهبة والصدقة -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

---

(١) أثبتت هذه العبارة من "ب" و"ظ".

فهرس الموضوعات
للمجلد الثامن من المحيط البرهاني